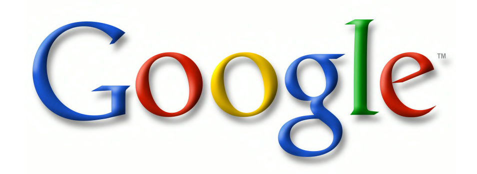



SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE



Cristina

Grundlagen und Systematik

des neuen

österreichischen Hypothekarrechts

Von

Dr. Stephan Landauer,

Adjunkt der k. k. Finanzprokuratur in Wien.



Wien, 1904

Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung

I., Kohlmarkt 20.

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung in Wien.

Vorwort.

Der Stoff der vorliegenden Arbeit beschäftigte mich seit einigen Jahren. Mehrere Abhandlungen, die gleichsam als Bruchstücke meiner Ausführungen über diesen Gegenstand sich darstellen, sind in Zeitschriften erschienen: In Herrn Hofrat Professor Grünhuts „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart“, XXX. Band (Sommer 1903) und XXXI. Band (Herbst 1903) unter dem Titel „die Neugestaltung des österreichischen Pfandrechts“; in der „Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung“ (Nr. 24, Juni 1903): „Eisenbahnen und Rechte an denselben als Objekte des Hypothekarrechts“.

Die beifällige Aufmunterung hervorragender akademischer Lehrer und anderer hochangesehener Juristen ermutigt mich nun zu dem Versuche einer selbständigen Veröffentlichung, welche ein größeres, in sich abgeschlossenes Thema behandeln soll.

In einer künftigen Publikation gedenke ich die Lehren von der Wirkung und Rangordnung, Übertragung und Belastung, Anfechtung und Löschung der Hypotheken nach dem neuesten Stande des österreichischen Rechtes zur Darstellung zu bringen.

Einer selbständigen Bearbeitung wird das Pfandrecht an beweglichen Sachen, Forderungen und Immaterialrechten, sowie Komplexen dieser Rechte (Unternehmungen) vorbehalten.

Wien, Mai 1904.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Grundlagen des Hypothekarrechts.

Systematische Einzeldarstellung des Hypothekarrechts.

Vollständig entwickeltes Hypothekarrecht. Seite

Abkürzungen.

a. b. G. B. = allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (für das Kaisertum Österreich vom 1. Juni 1811, Nr. 946 der Justizgesetzsammlung).

Amtl. Slg. = (Amtliche Sammlung der) Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, veröffentlicht von diesem Gerichtshofe (Wien, bei Manz).

Deutsches b. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich (vom 1. Juli 1896, giltig seit 1. Jänner 1900).

Einf.-Ges. = Einführungsgesetz.

E. O. = Exekutionsordnung (österreichische, vom 27. Mai 1896, Nr. 78 R. G. Bl.).

Geb.-Ges. = Gebührengesetz (österreichisches, kaiserliches Patent vom 9. Februar 1850, Nr. 50 R. G. Bl.).

Grundb.-Ges. = Grundbuchsgesetz, das allgemeine (österreichische), vom 25. Juli 1871, Nr. 95 R. G. Bl.

Hfd. = Hofdekret.

H. G. B. = Handelsgesetzbuch vom 17. Dezember 1862, Nr. 1 R. G. Bl. für 1863.

J. G. S. = Justizgesetzsammlung (Sammlung der „Gesetze und Verfassungen im Justizfache").

K. O. = Konkursordnung (österreichische, vom 25. Dezember 1868, Nr. 1 R. G. Bl. 1869).

L. G. Bl. = Landesgesetzblatt.

R. G. Bl. = Reichsgesetzblatt.

Slg. = Sammlung; insbesondere „Sammlung von zivilgerichtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes", herausgegeben von Glaser, Unger, Walther, Pfaff, Schey und Krupsky.

Vdg. = Verordnung.

Z. P. O. = Zivilprozeßordnung (österreichische, vom 1. August 1895, R. G. Bl. Nr. 113).

Ztschr. = Zeitschrift.

Einleitung.

I. Die Definition des gegenwärtigen Pfandrechtsbegriffes.

Die österreichische Rechtsgeschichte des letzten Vierteljahrhunderts hat kein neues Grundbuchsgesetz und keine Reform des bürgerlichen Rechtes zu verzeichnen. Es mag daher überraschen, wenn im folgenden der Versuch unternommen wird, die bisher gewohnten Rechtssätze, welche Theorie und Praxis in Österreich der Behandlung des Pfandrechtes und insbesondere des Hypothekenrechtes zu Grunde legten, neu zu formulieren und neu zu gruppieren. Denn wenigen österreichischen Juristen dürfte eine „Neugestaltung" des Pfandrechtes zum Bewußtsein gelangt sein. Im Deutschen Reiche freilich steht die Sache anders, seitdem im Jahre 1900 das deutsche „bürgerliche Gesetzbuch" dort in Wirksamkeit trat. Indessen sind auch in Österreich eine Reihe von Gesetzen — und zwar hauptsächlich in den Jahren 1896 und 1897 — erschienen, welche eine Revision der überkommenen Pfandrechtslehre auch für das österreichische Recht notwendig erscheinen lassen: Es sind dies vor allem die Exekutionsordnung, das Meliorations-, das Notwegegesetz, das Patentgesetz usw.

Beginnen wir mit dem Begriffe des Pfandrechtes, den das a. b. G. B. im § 447 aufstellt und dessen vom Gesetze angeführte Merkmale von Unger, Exner und anderen so nachdrücklich hervorgehoben wurden: „Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt

wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen." Wir müssen die Definition für das heutige österreichische Recht unbedingt dahin erweitern, daß das Pfandrecht ein Recht ist, „aus einer Sache oder aus einem Rechte ... die Befriedigung zu erlangen". — Dazu zwingt uns schon § 19 des Patentgesetzes vom 11. Jänner 1897 (R. G. Bl. 30), kraft dessen das Patentrecht den Gegenstand eines Pfandrechtes bilden kann.

Damit ist für das künftige österreichische Recht die Kontroverse abgeschnitten, welche durch die Frage nach der Dinglichkeit und nach dem Objekte des Pfandrechtes entfesselt wurde. Sowohl in der Literatur des gemeinen als in jener des österreichischen Rechtes wurde bekanntlich ein lange dauernder Streit über diese Punkte geführt. Nach Unger ist ein dingliches Recht „die unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine Sache"[1]), während ein absolutes Recht jenes ist, „welches gegen jeden Dritten verfolgbar ist"[2]). Die meisten Lehrer des gemeinen Rechtes betrachteten stets nur eine körperliche Sache als Objekt des Pfandrechtes und demzufolge das Pfandrecht als ein dingliches Recht.[3]) Demgegenüber erblicken Arndts[4]), insbesondere aber Bremer[5])

[1]) System des österr. allg. Privatrechts, 5. Aufl. (Leipzig 1892), I. Bd., S. 515.

[2]) Ebenda S. 512.

[3]) So außer den Rechtslehrern früherer Jahrhunderte: Puchta, Vorlesungen § 193 (5. Aufl., Leipzig 1862, I. Bd., S. 413 ff., besonders S. 415); Vangerow, Pandekten I. (7. Aufl., S. 797 u. 813); Keller, Pandekten, § 189 (Seite 423 d. II. Aufl.); Sintenis, Streitfragen, S. 26 ff.; Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts (1860) I, § 10 (die Definition daselbst umfaßt bloß das Sachenpfandrecht); neuerdings: Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes; Kohler, Pfandrechtliche Forschungen (1882), §§ 4 und 5.

[4]) Pandekten, §§ 126, 367; unentschieden dagegen § 364.

[5]) „Das Pfandrecht und die Pfandobjekte" (1867).

und Hofmann[6]) nur in Rechten, speziell in dem Eigentumsrechte an körperlichen Sachen, unmittelbare Objekte des Pfandrechtes.[7])

Auf dem Gebiete der österreichischen Rechtswissenschaft erscheinen Pfaff einerseits, Unger und Exner andrerseits als die Wortführer der streitenden Parteien. Nach Pfaff[8]) ist das Pfandrecht „nie ein dingliches Recht, da es dem Pfandgläubiger keine rechtliche Macht über den Körper der Sache gibt, aber es gibt dem Gläubiger immer eine von der Person des Verpfänders unabhängige Sicherheit und ist daher, was auch sein Gegenstand im einzelnen Falle sein mag, immer ein absolutes Recht". — Unger[9]) und nach seinem Vorgange Exner[10]) verfechten hingegen die Lehre von der Dinglichkeit des Pfandrechtes im umfassendsten Sinne und Exner erkennt insbesondere auch bei dem Pfandrechte an Forderungen „den künftigen Leistungsgegenstand als das alleinige Pfandobjekt."[11])

Nach Exners Konstruktion war es allerdings möglich, in dem Forderungspfandrechte ein Recht an dem Gegen-

---

[6]) Gerichtszeitung 1870 Nr. 9, 10. Besonders S. 34, III.: „Gegenstand des Pfandrechts ist niemals eine Sache, sondern immer ein Recht".

[7]) Eine Mittelstellung nehmen ein: Brinz, Pandekten I, S. 325; Sohm, Die Lehre vom subpignus (Rostock 1864); Windscheid, Pandekten, §§ 224, 227 (insbesondere auch 8. Aufl., S. 1004, 1007 und S. 1023, 1025 ff.).

[8]) Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung (Wien 1868), Seite 4, Anm. 29.

[9]) System des österr. Privatrechtes, Bd. I, S. 519. — Die vom Altmeister der österreichischen Rechtswissenschaft herangezogenen Fälle der §§ 452 und 464 a. b. G. B. (in welchen Fällen das Pfandrecht nicht ohneweiters ausgeübt werden kann) vermögen doch wohl nicht den absoluten Charakter des Pfandrechts auszuschließen.

[10]) „Kritik des Pfandrechtsbegriffs", passim; besonders auch S. 70. — „Das Östreichische Hypothekenrecht", S. 53, Anm. 2.

[11]) „Kritik des Pfandrechtsbegriffs", S. 177.

stande der Forderung zu erblicken.[12]) Unmöglich aber ist es, in dem Pfandrechte am Patentrecht ein Pfandrecht an den Gegenständen des Patentschutzes zu sehen. Denn diese Gegenstände können einem Dritten gehören, ohne daß die Aussicht bestände, daß sie jemals ins Vermögen des Pfandschuldners gelangen; sie können z. B. aus dem Material dieses Dritten hergestellt sein und an beliebige Personen mit Wissen und Willen des Patentinhabers veräußert werden gegen gewisse Leistungen, die der Eigentümer des Materials beim Eintritte bestimmter Umstände dem Patentinhaber gewähren soll. Z. B.: Ein Arzt hat ein Patent auf einen chirurgischen Artikel erworben; ein kapitalskräftiger Bandagist übernimmt die Herstellung und den Vertrieb dieses Artikels, wobei vereinbart wird, daß der Patentinhaber bei einem Absatze bis zu 10 Stück nichts, von 10 bis 50 Stück 100 K, von 50 bis 500 Stück 1000 K, über 500 Stück 10.000 K erhalten soll. Außerdem verpflichtet sich der Bandagist, den Artikel zur Schau zu stellen und einigen Spitälern und ärztlichen Autoritäten unentgeltlich Exemplare zu übersenden. Welche Gegenstände sollten in diesem beispielsweise angeführten Falle Objekte des Pfandrechtes sein? Die aus dem Materiale des Bandagisten und vermöge der von ihm beigestellten Arbeitsleistung hergestellten chirurgischen Apparate können niemals auf Grund des über die gewerbliche Ausnützung der patentierten Erfindung zwischen dem Arzte und dem Bandagisten abgeschlossenen Vertrages (des soge-

---

[12]) Die Exnersche Konstruktion versagt beim Pfandrechte am Patentrecht, am Autorrecht (das zufolge § 14, Ges. vom 26. Dezember 1895, R. G. Bl. Nr. 197, gegen den Urheber oder seine Erben nur als vertragsmäßiges Pfandrecht wirksam werden kann) und beim Pfandrechte am Propinationsrecht. Die genannten Rechte sind unzweifelhaft solche, deren Ausgestaltung auf deutschrechtlichen Vorstellungen beruht; und zwar entsprechen sie dem Typus der Bannrechte, wie denn auch Siegel in seinen Vorlesungen sie geradezu als moderne Bannrechte zu bezeichnen pflegte.

nannten Lizenzvertrages) ins Eigentum des Arztes fallen. Der Arzt hat auch kein Forderungsrecht auf Übergabe dieser Apparate an ihn, als dessen „Gegenstand" die Apparate erscheinen könnten. Somit läßt uns die Exnersche Theorie im Stiche, wenn wir unter Anwendung derselben nach Sachen als nach Objekten des Pfandrechtes am Patentrechte ausspähen. Ja, wir wüßten nicht einmal anzugeben, ob im Sinne dieser Theorie alle von dem Lizenzinhaber unter Verwendung der patentierten Erfindung erzeugten Gegenstände (also auch die unentgeltlich an Dritte abzugebenden Apparate) oder nur die entgeltlich zu veräußernden Gegenstände Pfandrechtsobjekte sein sollten.

In noch größere Verlegenheit würden wir geraten, wenn wir das Recht des Patentinhabers aus dem Lizenzvertrage einfach als „Geldforderung" ansehen wollten. Wie hoch sollte denn die Forderung im angegebenen Falle sein? Ist der künftige Leistungsgegenstand durch 100 K oder vielleicht 10.000 K repräsentiert? Und stehen denn dem Patentinhaber keine Ansprüche aus dem Lizenzvertrage gegen den Lizenznehmer (in unserem Falle gegen den Bandagisten) zu als solche auf Geldzahlung? Vor einer solchen Einschränkung der Rechte des Patentinhabers würde selbst der Laie zurückschrecken, um so mehr der Jurist, der einen solchen Verstoß gegen Gesetz und Vertragsrecht unerträglich finden müßte.

Es ist aber auch ebenso ausgeschlossen, mit einer allgemeineren Formel das Pfandrecht am Patentrecht als Pfandrecht an den dem Patentinhaber erwachsenen Forderungen zu konstruieren.

Allerdings berührt das Pfandrecht am Patentrechte selbstverständlich nur die vermögensrechtliche Seite des Erfinderrechtes, nicht etwa das Recht auf die „Ehre des Erfinders" usw.; das Patentrecht an und für sich regelt ja ausschließlich

die vermögensrechtliche Seite des Erfinderrechtes.[13]) Allein verfehlt wäre es, hieraus den Schluß zu ziehen, das Pfandrecht am Patentrechte sei ein Pfandrecht an den dem Patentinhaber zustehenden Geldforderungen aus den zur Verwertung des Patentes abgeschlossenen Verträgen.

Denn erstens hat der „Patentpfandgläubiger" — wie wir ihn kurz bezeichnen wollen — ein vermögensrechtliches Interesse oft auch an Leistungen des Verkäufers der patentierten Ware, die keine Geldleistungen sind. In dem oben besprochenen Beispiele z. B. hat der Patentpfandgläubiger ein Interesse an der Schaustellung des patentierten Artikels und an der Abgabe entsprechender Gratisexemplare, da nur dann der patentierte Artikel bekannt wird und infolge des vermehrten Absatzes ein vermehrtes Erträgnis des Patentes zu erwarten ist. Der Patentpfandgläubiger wird durch die Drohung einer anderweitigen Verwertung des Patentes daher den Verkäufer zur Zuhaltung des Vertrages auch in diesen Punkten bewegen dürfen.

Zweitens ist ein Pfandrecht am Patentrechte auch möglich, wenn noch gar keine Schritte zur Nutzbarmachung des Patentrechtes unternommen worden sind. Der Patentpfandgläubiger wird in solchen Fällen auf die Nutzbarmachung des Patentrechtes dringen können, z. B. auf die Eröffnung eines gewinnbringenden industriellen Betriebes mit dem von ihm vorgestreckten Gelde oder auf den Abschluß von Verträgen (insbesondere Lizenzverträgen), aus denen Forderungen des Patentinhabers erst entstehen sollen.

Drittens ist jedenfalls dem Patentpfandgläubiger die Macht gegeben, wenn das verpfändete Patentrecht nur teil-

---

[13]) § 8 Patentgesetz: „Das Patent hat die Wirkung, daß der Patentinhaber ausschließlich befugt ist, betriebsmäßig den Gegenstand der Erfindung in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen." — Kohler, Deutsches Patentrecht (1878), S. 97: „Das Patentrecht ist das Recht der ausschließlichen ökonomischen Verwertung der Erfindung."

weise ausgenützt ist, dessen vollständige Ausnützung zu veranlassen. Hat z. B. der Patentinhaber einem Unternehmer nur für einen Teil des Gebietes, in welchem das Patent gilt, gegen Geldleistungen die Ausübung des Patentes übertragen (Lizenz erteilt), so kann der Patentpfandgläubiger die Nutzbarmachung des Patentes für den restlichen Gebietsteil erwirken. Dies führt uns zu der schwierigen Frage, ob der Patentpfandgläubiger befugt ist, statt der vom Patentinhaber verfügten Nutzbarmachung des Pfandrechtes eine andere Art der Nutzbarmachung, z. B. durch günstigere Verträge, eintreten zu lassen. Die Beantwortung dieser Frage soll an anderer Stelle erfolgen.

Jedenfalls reicht nach dem Gesagten das Pfandrecht am Patente weiter als das Pfandrecht an den für Lizenzen entstandenen Forderungen.

Sonach steht fest: Als Recht an einer Sache läßt sich das Patentpfandrecht nicht konstruieren, weder direkt noch indirekt unter Benützung der Exnerschen Konstruktion des Forderungspfandrechtes.

Sind wir nun durch die Neueinführung des „Pfandrechts am Patentrechte" in unser Rechtsleben gezwungen, ein Pfandrecht an einem Rechte anzuerkennen, so erweitern wir die Legaldefinition am besten dahin: „Das Pfandrecht ist das Recht des Gläubigers, aus bestimmten Sachen oder Rechten, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen." Denn in diesem Wortlaute umfaßt die Definition auch das Pfandrecht an Komplexen von Sachen und Rechten: an Bergentitäten, Eisenbahnunternehmungen usw.

Nach dem Sprachgebrauche des a. b. G. B., das in § 292 alle Rechte als „unkörperliche Sachen" bezeichnet, könnten wir freilich an einer Definition des Pfandrechts als „Rechtes an einer Sache" keinen Anstoß neh-

men[14]) und hätten das Gesetz einfach im Sinne der obigen Ausführungen „grammatisch“ zu interpretieren: tatsächlich zwingt uns aber zu einer Erweiterung der Legaldefinition das in ihr vorkommende Wort „dinglich“.

Ist auch ein Pfandrecht an Industrie- und Gewerbeunternehmungen denkbar? Ist ein solches im österreichischen Rechte anerkannt oder finden sich Ansätze zu dieser Rechtsgestaltung? Der Verfasser möchte sich für die Bejahung sämtlicher angeführten Fragen entscheiden. Die motivierte Antwort soll eine künftige Publikation bringen. An dieser Stelle kann nur auf die Exekutionsordnung und das Gebührengesetz verwiesen werden. Erstere kennt eine Exekution auf gewerbliche Unternehmungen, Fabriksetablissements usw. als solche (§§ 341 bis 344 E. O. nebst der dazugehörigen Überschrift). Dies ist doch wohl ein Ansatz zur Anerkennung eines Pfandrechts — wenn auch das Gesetz nicht alle Konsequenzen aus demselben gezogen hat. Ein wirkliches gesetzliches Pfandrecht an ganzen Vermögenskomplexen (Verlassenschaften) statuiert § 72 des Gebührengesetzes.

II. Arten des Pfandrechtes. — Gliederung des dargestellten Stoffes. — Die Grundschuld.

Seitdem deutsche Rechtsanschauungen die Lehre vom Pfandrecht, wie sie im römischen Rechte überliefert ist, beeinflußt haben, hat der Unterschied zwischen dem Pfandrechte an beweglichen und an unbeweglichen Sachen immer tiefere Bedeutung gewonnen. — Die Ausgestaltung des Pfandrechts an unbeweglichen Sachen war seit dem späteren Mittelalter aufs innigste verknüpft mit der Einrichtung der öffentlichen Bücher. Der Bestand solcher öffentlicher Bücher im heutigen

---

[14]) Ich verdanke diese Bemerkung zum Teil dem Herrn Oberfinanzrat der Wiener Finanzprokurator Dr. v. Schoen.

Gebiete des österreichischen Rechtes ist ebenso alt wie die daselbst erfolgte Rezeption jenes römischen Rechtes,[1]) das nunmehr als Grundlage der Pfandrechtslehre galt; auf diesem — wie auf manchem anderen — Gebiete erfuhr es eine selbständige Weiterentwicklung. Bei dieser Entwicklung gewinnt für das Pfandrecht nicht minder als für das übrige Sachenrecht der deutschrechtliche Gedanke Bedeutung, daß Sachen von der Rechtsordnung für „beweglich" oder „unbeweglich" erklärt werden. Im Sinne und Sprachgebrauche des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ist das Pfandrecht an den rechtlich für unbeweglich gehaltenen[2]) Gegenständen als Hypothek bezeichnet. Heute kann aber für das öster-

---

[1]) Schon in der majestas Carolina (1348) werden die böhmischen Gerichtsbücher als etwas Althergebrachtes bezeichnet („ut moris fuit antiquitus"). — Das älteste Wiener Grundbuch, von dem wir Kenntnis haben (datiert von 1370), wurde infolge eines Beschlusses vom Jahre 1368 angelegt, wonach der Rat der Stadt Wien Grundbücher über die unter seiner und des Bürgermeisters Intervention vollzogenen Immobiliarverträge führen sollte. (H. M. Schuster, Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch, 1873, S. 29 und Randa, Das Eigentumsrecht, 1893, S. 433 ff.) — Bereits zwischen 1278 und 1280 wurde ein Prager Stadtbuch angelegt, von dem der Begründer Henricus Italicus in einem Formelbuche (Münchener Handschrift, entdeckt von Tadra) selbst berichtet: Egbertus civis et juratus Pragensis librum seu quaternos contractuum civitatis Prag, per Henricum Italicum confici curat . . . quod in eis obligationes, pacta conventa, sponsalia nupcie empciones vendiciones locaciones conductuiones et demum omnes contractus quocunque nomine censeantur . . . fideliter conscribantur (abgedruckt bei Randa a. a. O., S. 435). Seit etwa 1351 finden sich regelmäßige Eintragungen von Rechtsgeschäften über städtische Immobilien. — Das älteste Brünner Stadtbuch, vom Stadtschreiber Johannes angelegt, enthält Veräußerungen und Verpfändungen aus der Periode 1343—1376 (a. a. O., S. 441).

[2]) Nur so darf der Schlußsatz des § 448 a. b. G. B. verstanden werden. Das a. b. G. B. will allerdings auch die Objekte des Hypothekenrechts mit dem Ausdrucke „Hypothek" bezeichnen, aber gewiß nicht jedes unbewegliche Pfandobjekt, was der Wortlaut des § 448 ergeben würde. —

reichische Recht mit Fug die formale Exnersche Definition als die unanfechtbarste angesehen werden: „Hypothek nennen wir das Pfandrecht, wo es auf das öffentliche Buch gegründet ist.“ [3]) In diesem Sinne müssen wir neben dem Hypothekenrechte noch das auf besondere Rechtsnormen gegründete gesetzliche Pfandrecht an Immobilien und das Pfandrecht an den in einem öffentlichen Buche nicht eingetragenen Liegenschaften berücksichtigen. — Somit unterscheiden wir das Pfandrecht nach seinen Objekten als Pfandrecht an unbeweglichen [4]) und beweglichen Sachen und reihen dem letzteren das Pfandrecht an unverbücherten Forderungen (wozu z. B. auch unverbücherte „Kaufrechte“ gehören), und jenes an Immaterialgütern (Patentrecht, Autorrecht, Konzession usw.) an.

Die zweite Unterscheidung — nach der Entstehung des Pfandrechtes — hat von altersher zu den Benennungen „vertragsmäßiges, gesetzliches, richterliches und (für das österreichische Recht) administratives Pfandrecht“ Anlaß gegeben.[5])

Außerdem aber drängt sich mehr und mehr der Unterschied zwischen dem vollständig und dem unvollständig entwickelten Pfandrechte dem modernen Rechtsforscher und Praktiker auf. Man kann nicht sagen, daß dieser Unterschied nicht erkannt worden sei; er hat aber vielfach dazu geführt, daß man einigen Formen des unvollständig entwickelten Pfand-

[3]) Exner, „Das Östreichische Hypothekenrecht“, Leipzig 1876 (fünfter Band von Meiboms „Deutsches Hypothekenrecht“), Seite 3.

[4]) Hiebei müssen wir jedoch wegen der vorerwähnten Natur des Hypothekenrechts das Pfandrecht an den verbücherten Rechten an unbeweglichen Sachen mit dem Pfandrechte an unbeweglichen Sachen zugleich behandeln. — Mit dem Pfandrechte an beweglichen Sachen werden wir ebenso auch das Pfandrecht an den hieran bestehenden dinglichen Rechten besprechen.

[5]) Hiezu kommt noch die Entstehung des Pfandrechts an unbeweglichen Sachen durch Verschweigung, an beweglichen durch Privatpfändung.

rechts überhaupt die Pfandrechtsnatur abgesprochen hat. Eher ließ man sich ein „Befriedigungsrecht" gefallen, das als rätselhafte Erscheinung unerklärt im österreichischen Rechte stand, ohne einen Platz in dessen Gefüge zu erhalten; eher gab man in der Praxis zu, daß auf das durch neue Gesetze statuierte Pfandrecht die Regeln der Privatrechtslehre unanwendbar seien — als man sich entschlossen hätte, diese Regeln einmal zu revidieren.

Nun soll in der vorliegenden Arbeit neben dem vollständig entwickelten Pfandrechte auch das unvollständig entwickelte berücksichtigt werden.

Gegenstand der Darstellung ist die Neuentwicklung des Pfandrechtes an den Gegenständen der öffentlichen Bücher, welche ebenso wie dessen bisherige Entwicklung auf besonderen Grundlagen ruht und sich in besonderer Richtung bewegt. Im unmittelbaren Anschlusse an das Pfandrecht an den Gegenständen des Grundbuchs muß hiebei jenes an den Gegenständen des Berg-[6]) und Eisenbahnbuches ins Auge gefaßt werden. Denn die Gestalt, die das Eisenbahn- und Bergbuchwesen in Österreich gewonnen hat, ist von Theorie und Praxis unter dem unmittelbaren Einflusse und nach dem Vorbilde der jeweiligen Grundbuchsgesetze geschaffen worden. Auch die Exekutionsordnung behandelt das richterliche Pfandrecht an Objekten des Bergwerkseigentums im engsten Zusammenhange mit dem richterlichen Pfandrechte an Liegenschaften. Die §§ 240 bis 248 E. O. statuieren einige besondere Normen für die Exekution auf solche Objekte, jedoch lediglich als Ergänzung der für die Exekution auf Liegenschaften geltenden Vorschriften. Im übrigen finden eben diese Vorschriften ohneweiters Anwendung bei der Exekution auf Gegenstände des Bergwerkseigentums.

---

[6]) Auch des „Naphthabuches" nach dem Gesetze vom 11. Mai 1884, R. G. Bl. Nr. 71 für Galizien und die Bukowina.

Es soll zuerst von den allgemeinen Grundlagen des Hypothekarrechts die Rede sein. Hierauf soll eine systematische Einzeldarstellung des vollständig entwickelten Pfandrechtes, sodann eine solche des unvollständig entwickelten Pfandrechtes an Gegenständen der öffentlichen Bücher folgen. Die vorliegende Arbeit wird an geeigneter Stelle insbesondere auch das Pfandrecht an Komplexen von unbeweglichen Sachen, beweglichen Sachen und Rechten würdigen müssen. Dieses tritt uns im Hypothekenrechte als Pfandrecht an Grundbuchskörpern, Bergbau- und Eisenbahnunternehmungen nicht minder wie in der sonstigen Pfandrechtslehre als Pfandrecht an gewerblichen und Industrie-Unternehmungen entgegen.

Die Lehre von der Wirkung und Rangordnung der Pfandrechte nach geltendem österreichischem Rechte hat alle diese Ausführungen zur Voraussetzung. Deshalb bleibt diese Lehre einer späteren Veröffentlichung vorbehalten; in derselben soll auch die Übertragung und Belastung, Anfechtung und Löschung der Hypothekarrechte ausführlicher erörtert werden. Das vollständig und das unvollständig entwickelte Pfandrecht an solchen unbeweglichen Sachen, die nicht Gegenstand der öffentlichen Bücher sind, wird in einem Anhange zu dieser künftigen Arbeit zu besprechen sein.

In gleicher Weise wird ein verwandtes Rechtsgebilde zur eingehenderen Darstellung gelangen, das an dieser Stelle nur kurz erwähnt werden kann. Es ist kein Pfandrecht — und steht doch dem Pfandrechte so nahe, daß Gesetzestext und Theorie die beiden Begriffe fortwährend verwechseln. Es ist uralten deutschrechtlichen Ursprunges — und doch erst wieder durch das Meliorationsgesetz von 1896 in das österreichische Rechtsleben neu eingeführt worden. Das ist die Grundschuld.

In der Begriffsbestimmung der österreichisch-rechtlichen Grundschuld (welche übrigens im Gesetze nicht als solche

bezeichnet ist) ergibt sich eine wesentliche Abweichung von jenem Begriffe der Grundschuld, welcher in den neueren Gesetzen Preußens und — nach letzterem Muster — nunmehr des Deutschen Reiches aufgestellt und genau umgrenzt ist. Es erscheint notwendig, dies zur Vermeidung aller Mißverständnisse gleich im voraus zu bemerken; denn die preußisch-reichsdeutsche Begriffsbestimmung wurde auch von österreichischen Autoren akzeptiert.[7])

Die Grundschuld ist die eigentliche Realobligation. „Zur scharfen Abgrenzung“ dieser Belastungsform eines Grundstückes gegenüber der Hypothek „kommt es vor allem darauf an, über das Verhältnis der persönlichen Haftung zur dinglichen Haftung Klarheit zu gewinnen. Bei der Grundschuld haftet der Besteller derselben an sich nicht persönlich; der Berechtigte kann nur an das Grundstück sich halten. Bei der Hypothek dagegen bestimmt sich die persönliche Haftung durch die Forderung, zu deren Sicherheit dieselbe bestellt ist . . . Ist es nun aber ein Kennzeichen der Grundschuld, daß dieselbe ohne Rücksicht auf eine vorhandene persönliche Haftung entsteht, so wäre es wenig angemessen, bei der Hypothek, welche begrifflich zur Sicherheit für eine diese Haftung bedingende Forderung dient, die Beschränkung der Haftung auf die Kräfte des Grundstückes zu gestatten“. Diese Sätze aus den Motiven zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuche[8]) können auch auf das österreichische Recht ihrem ganzen Inhalte nach angewendet werden. Die Merkmale der Realobligation, welche dort angegeben werden, treffen auch für jenes Rechtsinstitut zu, das als „Pfandrecht für Meliorationsrenten“ in das Gesetz vom 6. Juli 1896 (R. G. Bl. Nr. 144) Eingang

---

[7]) So von Demelius (Grundriß des Sachenrechts, Leipzig 1900, S. 67); anscheinend auch von Krainz-Pfaff-Ehrenzweig („System des österreichischen allgemeinen Privatrechts“, III. Aufl., z. B. S. 837 Note 28).

[8]) „Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich“, Berlin 1888, Bd. III, S. 610—611.

gefunden hat. Denn eine persönliche Haftung des Bestellers dieses angeblichen „Pfandrechtes", der zugleich Darlehensnehmer ist, ist nach § 5, Abs. 1, dieses sogenannten „Meliorationsgesetzes" ausgeschlossen.

Allein es ist auch ein Unterschied gegenüber dem Begriffe der Grundschuld nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche festzustellen. Denn nach diesem dient die Grundschuld „nicht, wie das Pfandrecht, zur Sicherung einer Forderung".[9]) Das österreichische Gesetz aber bietet für eine Konstruktion, wonach bloß eine forderungslose Belastung eines Grundstückes mit einer bestimmten Summe oder Rente anzunehmen wäre, keine positiven Anhaltspunkte. Die Bezeichnung als „Meliorationsrente" und zahlreiche Spezialvorschriften (§§ 2, 3, 7, 8) des zitierten Gesetzes sprechen vielmehr dagegen.

Trotzdem also die Meliorationsrentenschuld weder als „Grundschuld" im Sinne der §§ 1191 bis 1198 noch als „Rentenschuld" im Sinne der §§ 1199 bis 1203 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches beurteilt werden darf, ist die Bezeichnung derselben als Grundschuld gewiß zulässig.[10]) Es soll hier nicht auf § 1198 des deutschen b. G. B. verwiesen

---

[9]) „Motive" a. a. O., S. 596. Schwind (Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, in Fischers „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches", Jena 1899, S. 106) bemerkt hiezu treffend: „Auch . . . wo die Grundschuld völlig isoliert ist, wird man mit Grund fragen können: hat derjenige, der eine Grundschuld einklagt, der vielleicht nach mehrmaliger Mahnung den Besitzer um Haus und Hof bringt, hat der Renten- und Reallastberechtigte nichts zu fordern? Wird er nicht, ehe er es zur Realexekution bringt, vielleicht sehr ungestüm Zahlung fordern und die Zwangsvollstreckung gerade zur Befriedigung wegen dieser ihm zustehenden Forderung in Szene setzen?"

[10]) In demselben Sinne äußert sich Schiff, Grundriß des Agrarrechts, S. 75 (Grundriß des österreichischen Rechtes, herausgegeben von Finger und Frankl, III. Bd., 4. Abteilung, Leipzig, bei Duncker & Humblot, 1903): „Ein juristisches Novum für das österreichische Recht ist es, daß ein . . . Meliorationsdarlehen den Charakter einer Grundschuld

werden, der die Flüssigkeit der Begriffe „Hypothek" und „Grundschuld" anerkennt, indem er die Umwandlung der einen in die andere selbst ohne Zustimmung der nachstehenden Berechtigten gestattet. Sicher aber ist es, daß das Merkmal der Forderungslosigkeit erst durch das preußische Gesetz über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872[11]) zu einem necessarium des deutschrechtlichen Grundschuldbegriffes gestempelt wurde. Wir lassen abermals die Motive zum deutschen b. G. B. sprechen.[12]) „Die preußische Regierung hatte nach den Entwürfen, welche sie in den Jahren 1868 bis 1871 dem Landtage vorlegte, die akzessorische Hypothek durch eine selbständige Hypothek ersetzen wollen. . . . Im Landtage fand die Einführung einer selbständigen Hypothek in das Rechtssystem keinen erheblichen Widerspruch. Indessen glaubte die Mehrheit des Herrenhauses die akzessorische Hypothek nicht entbehren zu können. Man beschloß daher, zwar die selbständige Hypothek der Regierungsvorlage unter dem Namen „Grundschuld" anzunehmen, daneben aber die akzessorische Hypothek beizubehalten, bezüglich derselben jedoch die Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse „unbeschränkt" gegen die dingliche Klage zuzulassen."

Charakteristisch für die Grundschuld — im allgemeinen, deutschrechtlichen Sinne — ist, daß sie eine Schuld jedes Besitzers einer unbeweglichen Sache ist, und daß sich der Gläubiger nur an diese unbewegliche Sache halten, d. h. nur auf diese zur Einbringung seiner Schuld Exekution führen kann. Das erste Merkmal trifft nach österreichischem

---

hat: Für rückständige Meliorationsrenten kann lediglich in das verpfändete Grundstück, nicht aber in das sonstige Vermögen des Grundbesitzers Exekution geführt werden".

11) Gengler, „Deutsches Privatrecht", definiert daher unter ausdrücklicher Bezugnahme auf dieses Gesetz nur „die Grundschuld des neuen preußischen Rechtes".

12) „Motive" a. a. O., S. 606.

Rechte außer bei der Meliorationsrente (§ 5, Abs. 2 zit. Ges.) allerdings auch bei den „Feuerlöschkosten" zu; nicht aber das zweite. Nach den verschiedenen Feuerlöschordnungen [13]) sind die Feuerlöschkosten als eine Schuld jedes Besitzers des Brandobjektes zu betrachten.[14]) Aber es ist nirgends die Exekution wegen dieser Schuld auf einen Grundbuchskörper oder überhaupt eine bestimmte unbewegliche Sache beschränkt. Von den in den letzten Jahrhunderten für das Gebiet des österreichischen Rechtes ergangenen Gesetzen hat erst das Meliorationsgesetz (vom 6. Juli 1896, R. G. Bl. Nr. 144) eine solche Bestimmung getroffen. § 5 dieses Gesetzes beginnt nämlich mit dem Satze: „Behufs Hereinbringung der rückständigen Meliorationsrenten kann lediglich in dem Grundbuchskörper Exekution geführt werden, auf dem die Rente pfandrechtlich sichergestellt ist; eine Exekution in sonstige Vermögensobjekte findet deshalb nicht statt."

Obwohl im Sinne des bezogenen Gesetzes (§§ 5, 6, 11) das „Pfandrecht" für Meliorationsrenten einverleibt wird, läßt sich die durch ein Meliorationsdarlehen entstandene Grundschuld ihrem Wesen nach mit Rücksicht auf die Textierung der §§ 447 und 1368 a. b. G. B. wohl kaum als Pfandrecht auffassen.[15]) Sie ist vielmehr ein selbständiges Rechtsinstitut, das vermöge einer authentischen Interpretation des Gesetzgebers in formaler Hinsicht ganz ebenso wie das verwandte Rechtsinstitut des Pfandrechts zu behandeln ist.

---

[13]) Vgl. Mayrhofers Handbuch, III., S. 906, Note 2.

[14]) Unger, System I, S. 556, Note 8, Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, „System", III. Aufl. (1899), Bd. I. S. 805.

[15]) Vgl. Schwind a. a. O., S. 5: „Im Realkredit ist es die Grundschuld, die eben gerade dadurch von der Hypothek sich unterscheidet, daß es eine Schuld ist ohne persönliche Haftung und ohne die Möglichkeit einer persönlichen Exekution. Der jeweilige Besitzer des Gutes soll leisten, er haftet nicht mit seinem Vermögen, sondern es haftet lediglich das Gut."

Grundlagen des Hypothekenrechts.

I. Allgemeines. — Das sogenannte „Befriedigungsrecht" als unvollständig entwickeltes Pfandrecht.

„Das Hypothekenrecht der deutsch-österreichischen Länder hatte ehedem, vermöge des hier uralten Grundbuchssystems, in keinem größeren deutschen Gebiete seinesgleichen, und auch nach den großen Fortschritten, welche in unserem Jahrhundert die Nachbarstaaten in der Organisation des Bodenkreditwesens gemacht haben, behauptet dasselbe durch seine neueste Reform (1871) einen hervorragenden Platz." Dieser Satz, mit dem Exner das Vorwort seines 1876 erschienenen „österreichischen Hypothekenrechts" beginnt, hat auch noch heute Giltigkeit. Aber die neuesten Reformen des Pfand- und Grundbuchsrechts, die mittlerweile durch Gesetze anderer Staaten, vor allem durch das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich" von 1896, eingeführt wurden, haben zu ungeahnten Fortschritten und vielfach zu Rechtsgestaltungen geführt, die dem ehemals geltenden römischen Rechte fremd, ja entgegengesetzt sind.

Das österreichische Recht ist seit der Erlassung des Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871 freilich weder durch eine neue Grundbuchsordnung, noch durch ein sonstiges Gesetz abgeändert worden, das sich äußerlich als Reform des gesamten Hypothekarrechts ankündigt. Aber in mannigfacher Beziehung hat auch das österreichische Hypothekenrecht durch die Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896 (R. G. Bl. Nr. 79), das Meliorationsgesetz vom 6. Juli 1896 (R. G. Bl. Nr. 144) und das Notwegegesetz vom 7. Juli 1896 (R. G. Bl. Nr. 140) Ergänzungen und Abänderungen erfahren, Keime zu neuen Rechtsgestaltungen in sich aufgenommen.

Der Begriff des Pfandrechts nach der gesetzlichen Definition in § 447 a. b. G. B. hat freilich auf dem Gebiete des Hypothekenrechts keine Änderung erfahren können, da das Hypothekenrecht eben nach § 448 a. b. G. B. nur „unbewegliche Sachen" oder — genauer gesprochen — in einem öffentlichen Buche eingetragene Sachen oder dingliche Rechte zum Gegenstande hat. Die einleitenden Ausführungen über die Veränderung des Pfandrechtsbegriffes oder zumindest die definitive Fassung desselben im Sinne der von Pfaff vertretenen Lehrmeinung [1]) gewinnen größere praktische Bedeutung nur für das im Zusammenhalte mit dem Hypothekarrecht zu betrachtende Pfandrecht an der Bergentität und der Eisenbahnunternehmung. Viel augenfälliger ist die Wichtigkeit dieses Pfandrechtsbegriffes für das in einer späteren Publikation zu erörternde Forderungspfandrecht und Immaterialrechtspfandrecht, dann für das Pfandrecht an Rechtskomplexen. Der Inhalt des Begriffes „Hypothekenrecht" ist sonach im großen und ganzen derselbe geblieben.

Neben dem bisher gekannten Immobiliarpfandrecht aber erscheint das Recht auf Befriedigung derjenigen Forderung, zu deren Gunsten die Einleitung des Versteigerungsverfahrens oder aber die Zwangsverwaltung im Grundbuche angemerkt ist.

In der neuesten (8.) Auflage von Stubenrauchs Kommentar [2]) wird allerdings der Versuch gemacht, diese „Befriedigungsrechte" als öffentlichrechtliche „Ansprüche gegen den Staat auf Durchführung des Exekutionsverfahrens auf Liegenschaften" in Gegensatz zum Pfandrechte zu stellen. Aber tatsächlich ist durch jene Bezeichnung die Natur und

---

[1]) Siehe oben im ersten Abschnitte: „Die Definition des gegenwärtigen Pfandrechtsbegriffes".

[2]) „Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche" von weiland Dr. Moriz v. Stubenrauch, 8. Aufl., Wien 1902, zu § 447, S. 590.

das Wesen des Befriedigungsrechtes so wenig gekennzeichnet, wie etwa das Wesen des Eigentumsrechtes durch die Definition: „Das Eigentumsrecht ist ein öffentlichrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf Schutz des Eigentums.“ Denn ganz sicher hat das Befriedigungsrecht neben der formellen, öffentlichrechtlichen auch eine materielle, privatrechtliche Seite. Insbesondere der Umfang, in welchem die Exekution durchgeführt, das Befriedigungsrecht verwirklicht werden soll, wird durch das Privatrecht bestimmt: ebenso wie der Umfang, in welchem ein exekutives Pfandrecht wirksam gemacht werden soll. Freilich läßt sich jedes Recht (sei es ein Sachenrecht, Obligationen-, Familien-, Erbrecht usw.) als „Anspruch gegen den Staat“ als Hüter der Rechtsordnung auffassen.[3]) Es dürfte aber durch diese Auffassung für die Lehre vom Inhalt, Umfang, der Entstehung und Endigung der Rechte nichts gewonnen sein.[4])

Nun beachte man aber weiters, welchen sonderbaren Veränderungen der angebliche „öffentlichrechtliche Anspruch gegen den Staat auf Durchführung einer Zwangsversteigerung“ in den Fällen des § 201 E. O. ausgesetzt ist. Auf Antrag des Verpflichteten kann gemäß diesem Paragraphen statt der Versteigerung die Zwangsverwaltung der Liegenschaft angeordnet werden, wenn der durchschnittliche jähr-

[3]) Man hat Rechte zutreffend als „durch die Rechtsordnung geschützte Interessen“ bezeichnet. Diesen Schutz kann heutzutage nur der Staat wirksam werden lassen.

[4]) Dasselbe gilt von der Auffassung Kastners (allg. österr. Gerichtszeitung, 1904, Nr. 12 und 13, „Zwangsverwaltung und Befriedigungsrecht“ hinsichtlich des Rechtes des Zwangsverwaltungsgläubigers. Kastner sieht als „Bestandstücke“ dieses Rechtes „den Anspruch des Gläubigers gegen den Staat auf gesetzmäßige Durchführung der Exekution“ und „das Gewaltverhältnis der exequierenden Staates an der Liegenschaft“ an. Damit trägt er der öffentlichrechtlichen, nicht aber der privatrechtlichen Seite des Befriedigungsrechtes Rechnung.

liche Ertragsüberschuß aus deren Bewirtschaftung hinreicht, um vereinbarte Annuitäten, Kapitalsabschlagszahlungen oder die ganze Forderung zu decken. Der Staat weist sonach in diesen Fällen den „Anspruch auf Zwangsversteigerung“ nicht ohneweiters ab, sondern er leitet über Antrag des Verpflichteten die Zwangsverwaltung ein. Einen „öffentlichrechtlichen Anspruch des Verpflichteten auf Zwangsverwaltung seiner eigenen Realität“ wird man doch schwerlich annehmen wollen. Man müßte also voraussetzen, daß der Staat dem Gläubiger etwas ganz anderes gibt als worauf er Anspruch hat, — wie etwa ein Kindermädchen ein schreiendes Kind, das Spielzeug will, mit einem Stück Backwerk „beruhigt“. Unsere schlichte privatrechtliche Konstruktion dürfte sowohl dem Gläubiger als dem Staate diese sonderbare Rolle ersparen.

Die neue Exekutionsordnung vom Jahre 1896, welche diese Rechtsverhältnisse regelt, enthält keine Definition, aus welcher das Wesen und der materielle Inhalt des in Frage kommenden Rechtes entnommen werden könnte. Allerdings findet sich in der Exekutionsordnung die Bezeichnung „Befriedigungsrecht“ (§§ 104, 120, 126; 135, 150, 164, 218 E. O.); sie wird aber nicht als technischer Ausdruck angewendet, vielmehr mit Beziehung auf den Rang, in dem die Gläubiger befriedigt werden sollen. (Evidente Beispiele dafür bieten die §§ 120 und 126 E. O., in welchen der Ausdruck „Befriedigungsrecht“ offenbar das Pfandrecht mit einschließt.) Übrigens ist das Wort „Befriedigungsrecht“ seither allgemein zur Bezeichnung des Rechtes aus der Anmerkung der Zwangsverwaltung und des Rechtes aus der Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens angenommen worden — nach dem Vorgange der Motive zur Exekutionsordnung.[5])

[5]) In den „Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozeßgesetzen“ (2 Bde., Wien 1897) veröffentlicht.

In der vorliegenden Arbeit soll dort und nur dort, wo es unbedingt notwendig scheint, eine neue Erklärung und Formulierung der überkommenen Fachausdrücke und Definitionen versucht werden. Dabei wird auch der Wortlaut der Motive zu den neuen österreichischen Zivilprozeßgesetzen nicht als unantastbar angesehen werden dürfen. Die Motive zu einem Gesetze dürfen und sollen niemals die Arbeit, welche die Wissenschaft auf Grund des Gesetzes erst zu leisten hat, ersetzen oder gar ausschließen. Und wenn für den Juristen der Wortlaut entscheidend sein soll, kann das nur der Wortlaut des Gesetzestextes, nicht jener der Motive sein.

Die Motive zur Regierungsvorlage der Exekutionsordnung stellen das „Befriedigungsrecht" dem Pfandrechte gegenüber.[6]) Allein fürs erste behielten gerade die Paragraphen der Exekutionsordnung, die den materiellrechtlichen Inhalt des „Befriedigungsrechtes" betreffen, nicht die Fassung der Regierungsvorlage: Sie wurden zunächst im Ausschusse des Abgeordnetenhauses, sodann in dem gemeinsamen Ausschusse des Abgeordneten- und Herrenhauses[7]) vollständig umgearbeitet.[8]) Vor allem aber war es gar nicht der

---

[6]) Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage, Bd. I, S. 501, 513 a. a. O.

[7]) Es fanden gemeinsame Besprechungen zwischen dem Subkomitee der Permanenzkommission des Herrenhauses und dem Redaktionskomitee des Abgeordnetenhauses statt. (vgl. Schauer, Exekutionsordnung, Wien, dritte Auflage [1900], Seite X).

[8]) Besonders wurden die §§ 98, 102, 103 und 104 E. O. in ihrer gegenwärtigen Gestalt von der Herrenhauskommission eingefügt oder an die Stelle anderer Bestimmungen der Regierungsvorlage gesetzt; damit war das Zwangsverwaltungs-Befriedigungsrecht auf eine von der Regierungsvorlage abweichende Basis gestellt. — In den §§ 134 und 135 E. O., welche die Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens betreffen und im allgemeinen dem § 139 der Regierungsvorlage entsprechen, hat das „Ersuchen um den Vollzug der Anmerkung" eine Bedeutung gewonnen, die nach der Regierungsvorlage dem „Ersuchen um Exekutionsvollzug" beigelegt war.

Zweck der bezüglichen Ausführungen in den Motiven, den materiellrechtlichen Inhalt des Befriedigungsrechtes zu präzisieren. Vielmehr zielen jene Ausführungen, entsprechend dem Charakter der Exekutionsordnung, auf die Begründung einer formellrechtlichen Neuerung: Das „Verschwinden des ersten Exekutionsgrades" — ein Fortschritt ebensowohl vom Standpunkte des Sozialpolitikers als des praktischen Juristen — soll damit motiviert werden, wie aus den „Bemerkungen zur Regierungsvorlage" selbst ersichtlich ist.[9])

Der Jurist muß sich demnach jene Warnung vergegenwärtigen, die der verstorbene Rechtslehrer Exner in seinen Pandektenvorlesungen auszusprechen pflegte — die Warnung vor unvorsichtiger Gesetzesinterpretation durch Heranziehung der „Motive". Die Materialien zur Exekutionsordnung sagen nichts Entscheidendes über den materiellen Inhalt des Rechtes, das durch die Anmerkung der Zwangsverwaltung und jene der Einleitung des Versteigerungsverfahrens begründet wird.

Fragen wir nach der Natur dieses Rechtes, so fällt uns allerdings auf, daß eine völlig analoge Erscheinung im österreichischen Hypothekarrecht bisher nicht bestand, daß wir also tatsächlich eine neue Rechtsform vor uns haben. In der Wirkung auf die Liegenschaft und gegenüber sonstigen an der Liegenschaft begründeten Rechten steht dieses neue Recht dem bisher bekannten Pfandrechte gleich. Was aber die Form der grundbücherlichen Eintragung betrifft, so haben die Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens und die Anmerkung der Zwangsverwaltung Ähnlichkeit mit der Anmerkung der Rangordnung für die Verpfändung, die uns aus dem bisherigen Hypothekarrechte, und zwar aus der Lehre vom vertragsmäßigen Grundpfandrechte, bekannt ist. Wir

---

[9]) „Materialien" (a. a. O.), Bd. I, S. 513.

werden nach gewissenhafter Abwägung der Ähnlichkeiten und der Unterschiede des Befriedigungsrechtes und des gewöhnlichen bisher bekannten Pfandrechtes, ferner mit Rücksicht auf die auffallende Ähnlichkeit mit jenem unentwickelten Pfandrechte, das schon Exner[10]) als durch die Anmerkung der Rangordnung begründet erkannt hat, in der Lehre von den „unentwickelten Rechten" den Schlüssel für das richtige Verständnis des bisher sogenannten „Befriedigungsrechtes" finden.

Selbstverständlich kann und soll damit nicht gesagt sein, das Recht, welches z. B. auf die Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens sich gründet, sei so schwächlicher Natur, daß es erst eine Entwicklung zum regulären Pfandrechte durchmachen müsse, um wirksam zu werden. Im Gegenteil! Der exekutionsführende Gläubiger, der beispielsweise die Bewilligung der Versteigerung erwirkt und die übrigen Bedingungen der Exekutionsordnung (§§ 133, 145, eventuell 140, Abs. 2) erfüllt hat, gelangt ohne weitere Schritte zur Befriedigung seiner Forderung aus der zu versteigernden unbeweglichen Sache. (Höchstens hat er den Antrag auf Anberaumung der Meistbotverteilung zu stellen.) Der Pfandgläubiger hingegen muß zu diesem Behufe erst den ganzen Weg des gerichtlichen Verfahrens, und zwar meist sogar zuerst des Prozesses, jedenfalls immer den der gerichtlichen Exekution, zurücklegen. Und ähnlich ist das Verhältnis, in welchem der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger gegenüber dem gewöhnlichen Pfandgläubiger sich befindet.

Die Unvollständigkeit der Entwicklung der Befriedigungsrechte gegenüber dem gewöhnlichen Pfandrechte kann nur

---

[10]) Östreichisches Hypothekarrecht, S. 469, Anm. 22. Allerdings schüchtern wird zur Erklärung des durch die Anmerkung der Rangordnung begründeten Rechtes dort gesagt: „Unsere Wissenschaft wird sich eben bequemen müssen, auch mit werdenden Rechten als realen Größen zu rechnen."

darin liegen, daß jenen gewisse Eigenschaften des Pfandrechtes, *welche aber nicht wesentlicher Natur sind*, fehlen.

Ja, aus dem Gesagten folgt noch ein weiteres: Dem Befriedigungsrechte analog kann das Pfandrecht nicht in jenem Stadium sein, in welchem die Pfandforderung noch nicht fällig ist, die Tilgung der pfandbedeckten Schuld noch rechtzeitig erfolgen kann, sondern *in jenem Zeitpunkte, in welchem die Tilgung der bereits fällig gewordenen Schuld nicht erfolgt ist*, und das Recht des Gläubigers, aus der Liegenschaft „die Befriedigung zu erlangen" (§ 447 a. b. G. B.), vermittels der Exekution seine Wirksamkeit äußert.

Das Pfandrecht ist — wie dies ja schon in der Definition des a. b. G. B. ausgedrückt ist — wesentlich ein *zur* **Befriedigung** *eines Gläubigers aus einer Sache dienendes* absolutes Recht. — Infolge dieser Eigenschaft hat sich dann das Pfandrecht zu einem die *Sicherung* des Gläubigers bezweckenden Rechte entwickelt. Der Verkehr faßte dabei nicht immer die Befriedigung des Gläubigers aus der verpfändeten Sache in erster Linie ins Auge: so nicht bei dem in einer späteren Arbeit zu besprechenden Pfandrechte an offenen Buchforderungen, bei der Kautionsbestellung usw.; noch weniger freilich bei der Hingabe von Zeugnissen, Dokumenten usw. an einen Gläubiger, die wenigstens im Volksmunde, wenn auch nicht im österreichischen Rechte, als „Verpfändung" bezeichnet wird.

Unleugbar hat infolge der Entwicklung des Hypothekarkredites auch das Pfandrecht an Liegenschaften in vielen Fällen vor allem den Charakter eines Sicherungspfandrechtes angenommen. Hiebei bleibt aber stets das wesentlichste Merkmal dieses Rechtes, daß es dem Gläubiger die Möglichkeit gewährt, „seine Befriedigung aus der verpfändeten Sache zu

suchen"; oder, um Schwinds[11]) Worte zu gebrauchen, daß es die „Gebundenheit" der Liegenschaft „zum Zwecke möglicher Realisierung" des Pfandrechtes bewirkt.

Mit der Verkehrsfähigkeit der Forderungen wurde schließlich auch die Übertragbarkeit des Pfandrechtes als eines Annexes dieser Forderungen anerkannt. Wie noch später gezeigt werden wird, ist diese Anerkennung im österreichischen Rechte wohl hinsichtlich des Tabularpfandrechtes, d. i. des durch Eintragung in das öffentliche Buch entstandenen Pfandrechtes, jedoch keineswegs hinsichtlich jedes Pfandrechtes erfolgt. Z. B. ist die Übertragbarkeit des gesetzlichen Vorzugspfandrechts für Steuer- und Gebührenforderungen nirgends ausgesprochen, ja sogar durch Finanzministerialerlässe direkt als unzulässig erklärt. Die Übertragbarkeit, das ist die Verkehrsfähigkeit, ist sonach eine ganz unwesentliche, rein akzidentielle, zufällige Eigenschaft des Pfandrechtes.

Nicht minder kann auch die Eigenschaft des Pfandrechtes, selbst wieder Gegenstand eines Pfandrechtes zu sein, nur als eine akzidentielle erscheinen. Auch diese Eigenschaft fließt aus der Eigenschaft der Verkehrsfähigkeit.

Es sei übrigens schon an dieser Stelle bemerkt, daß eine Übertragung einer vollstreckbaren Forderung samt dem akzessorischen Befriedigungsrechte möglich ist. Ebenso kann ein Pfandrecht an der vollstreckbar gewordenen und in Einbringung begriffenen Forderung und damit auch ein Pfandrecht an dem für diese Forderung erwachsenen Befriedigungsrechte erworben werden. Nur freilich erfolgt die Übertragung der Forderung ohne eine Anmerkung im Grundbuche, und wird dieses — quasi als Afterpfandrecht erscheinende —

---

[11]) Schwind, „Wesen und Inhalt des Pfandrechtes", Jena 1899, sagt (S. 199): „In der Gebundenheit zum Zwecke möglicher Realisierung, nicht schlechthin in der rechtlichen Möglichkeit einer Realisierung, liegt das Wesen des Pfandrechtes".

Pfandrecht am Befriedigungsrechte nicht durch bücherliche Eintragung erworben.[12])

In dem Zeitpunkte nach der Fälligkeit der nicht bezahlten Pfandschuld ist nun die Eigenschaft des Pfandrechtes als eines zur Befriedigung eines Gläubigers aus dem Pfandobjekte dienenden Rechtes von einer derartigen Wichtigkeit, daß sie geradezu als einziges Kriterium des Pfandrechtes sich darstellt. Wem dieser Satz zu kühn erscheint, der möge einige Sekunden von aller Theorie absehen und den Blick aufs praktische Leben richten. Er wird finden, daß Laien wie Juristen das Pfandrecht für eine fällige Forderung ganz ausschließlich danach beurteilen, ob und inwieweit dieses Pfandrecht bei Realisierung des Pfandobjektes „zum Zuge gelangt". Die Rangordnung — ein Moment, das in der Theorie als „das Wesen des Pfandrechtes nicht berührend" weit zurückgeschoben zu werden pflegt — entscheidet über den wirtschaftlichen Wert des Pfandrechts. Und ist eine Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfandobjekte danach nicht möglich, so ist das Pfandrecht „nichts wert". Seine Erwerbung wird oft, auch wenn sie möglich wäre, unterlassen. Übertragbarkeit, Verpfändbarkeit und alle derlei schönen Eigenschaften eines „wertlosen" Pfandrechtes sind Chimäre. Denn verkehrsfähig ist das Pfandrecht eben nur, soweit es die Möglichkeit einer Befriedigung der Pfandforderung aus dem Pfandobjekte gewährt. Und daß von einer „Sicherung" der Pfandforderung eben nur beim Vorhandensein dieser Befriedigungsmöglichkeit gesprochen werden kann,

[12]) Diese ganz richtige Tatsache ist bei Ehrenzweig (Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des österr. Privatrechtes, 3. Aufl. [1899], S. 764) in einem solchen Zusammenhange erwähnt, als ob sie gegen die Pfandrechtsnatur des Befriedigungsrechtes spräche. Dies ist nach dem oben Gesagten nicht der Fall. Zustimmen kann und muß man hingegen vermöge der Textierung des § 4 Grundbuchsges. der Behauptung Ehrenzweigs (a. a. O., S. 764), daß Befriedigungsrechte keine bücherlichen Rechte sind.

zumal wenn man über das Zutreffen oder Nichtzutreffen derselben im Klaren ist — und dies ist bei einer bereits fälligen Forderung ja in der Regel der Fall — das liegt auf der Hand.

Da aber nun das sogenannte „Befriedigungsrecht“ nicht minder als das bisherige Immobiliarpfandrecht die Befriedigung einer Forderung aus einer unbeweglichen Sache gewährleistet, kann ein wesentlicher und durchgreifender Unterschied zwischen dem Pfandrechte für eine fällige Forderung und dem Befriedigungsrechte nicht gemacht werden. Das Befriedigungsrecht ist eine Art des Pfandrechts.

Nicht immer zutreffend und darum unentscheidend ist, was Ehrenzweig[13]) als Unterschied des Befriedigungsrechtes vom Pfandrechte hervorhebt: „Wer z. B. (durch Bewilligung der Zwangsverwaltung) das Verwaltungsrecht erlangt hat, kann zwar die Zwangsverwaltung (nämlich diese bewilligte Zwangsverwaltung) auch gegen den Singularsukzessor des Verpflichteten fortführen, er kann aber gegen denselben nicht auf Grund seines dinglichen Verwaltungsrechtes die Zwangsversteigerung oder eine Zwangshypothek oder wiederholte Zwangsverwaltung erwirken.“

Denn auch der Pfandgläubiger kann nicht „auf Grund seines Pfandrechtes“ die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung oder auch nur die Anmerkung der Vollstreckbarkeit erwirken. Dies kann er nur auf Grund eines Exekutionstitels, d. i. auf Grund einer der im § 1 E. O. bezeichneten Urkunden. In diesen Urkunden muß entweder der Verpflichtete, gegen welchen Exekution geführt werden soll,

---

[13]) In der dritten Auflage von Krainz-Pfaffs „System des österr. allg. Privatrechts“, Wien 1899, S. 763. Ähnlich auch Tilsch, „Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht“ (2. Aufl., Wien 1901), S. 113.

bezeichnet sein (§ 7 E. O.), oder es muß durch weitere öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bewiesen werden, daß die im Exekutionstitel festgestellte Verpflichtung von der daselbst benannten Person auf jene Person, wider welche die Exekution beantragt wird, übergegangen ist.

Nun ist Ehrenzweig allerdings im vollen Rechte, wenn mit dem oben zitierten Satze gesagt sein soll: der Pfandgläubiger kann, wenn er einen auf seinen persönlichen Schuldner lautenden den Anforderungen der Exekutionsordnung (§§ 1 und 7 E. O.)[14]) entsprechenden Exekutionstitel besitzt, aus dem sein Pfandrecht erhellt, auch gegen den Eigentümer der verpfändeten Liegenschaft Exekution führen, wenn er entweder einen Grundbuchsauszug beibringt oder, falls das exekutionsbewilligende Gericht zugleich das betreffende Grundbuchsgericht ist, sich einfach auf das Grundbuch beruft. Es wird dann die Exekution ebenso bewilligt werden, wie wenn etwa durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wäre, daß der Besitzer der Liegenschaft der vollstreckbaren Schuld als Bürge und Zahler beigetreten sei. Die Exekution muß dem Pfandgläubiger bewilligt werden; aber auch wirklich jede beliebige Art der Exekution??

Setzen wir den Fall, der Pfandgläubiger habe ein Pfandrecht ad fructus der verpfändeten Liegenschaft. Schon Exner[15]) hat gezeigt, was es mit dieser Art des Pfandrechtes für eine Bewandtnis hat. Es handelt sich hier um ein Pfandrecht an der Sache selbst[16]); der Pfandgläubiger

[14]) Es muß sonach auch die Fälligkeit seiner Forderung, ferner Gegenstand, Art, Umfang und Zeit der geschuldeten Leistung aus dem Exekutionstitel ersichtlich sein.

[15]) Das österr. Hypothekenrecht, § 3, S. 48—51.

[16]) Exner a. a. O. S. 50: „Man wird als dessen Gegenstand nicht die zukünftigen Erzeugnisse oder Einkünfte des mit solcher Hypothek belasteten Gutes, sondern dieses selbst anzusehen haben.“

darf allerdings „seine Befriedigung aus der verpfändeten Sache erlangen", aber — die Ausübung dieses Rechtes ist eingeschränkt.[17]) Nur die Früchte der Sache können zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden; sie sind bereits vom Pfandnexus ergriffen, bevor sie abgesondert sind. Die Stammsache selbst — wenn dieser Ausdruck im Hinblick auf ähnliche Wortbildungen des allg. bürgerlichen Gesetzbuches gestattet ist — darf zur Befriedigung des Pfandgläubigers nicht herangezogen werden. Zweifellos könnte einem solchen Pfandgläubiger wohl die Zwangsverwaltung, aber nie die Zwangsversteigerung gegen den Eigentümer der Pfandsache, der nicht persönlicher Schuldner ist, bewilligt werden; — ebensowenig eine gewöhnliche „Zwangshypothek", d. h. wenigstens kein vollstreckbares Pfandrecht an der Liegenschaft ohne die oben erklärte Beschränkung „ad fructus".

Ein anderer Fall, der in der Praxis häufiger vorkommt, als man vermuten würde: An erster Stelle der Rangordnung haftet auf der Liegenschaft ein Fruchtgenußrecht,[18]) an zweiter Stelle ein Pfandrecht. Der Pfandgläubiger kann gegen den Eigentümer der Pfandsache niemals die Zwangsverwaltung erwirken; das Exekutionsgericht müßte vielmehr, selbst wenn ein anderes Gericht unserem Pfandgläubiger die Zwangsverwaltung bewilligt hätte, dieselbe von Amts wegen als „nach dem Stande des öffentlichen Buches undurchführbar" einstellen (§ 101 E. O.). Denn da das Fruchtgenußrecht alle Früchte der Liegenschaft ergreift und dem Pfandrechte im Range vorgeht, kann von einer Befriedigung des Pfandgläubigers aus den Früchten keine Rede sein. Nicht einmal für diejenige Tätigkeit eines Zwangsverwalters, welche nicht auf die Gewinnung und Sicherung der Früchte für die

[17]) Exner, a. a. O., S. 51: „beschränkt auf Verwertung des Objekts im Wege der Perzeption seiner Nutzungen".

[18]) Im Grundbuche ist in solchen Fällen häufig „Das Fruchtgenuß- und Verwaltungsrecht" eingetragen.

Pfandgläubiger gerichtet ist, läßt das Fruchtgenußrecht Raum; besonders dort nicht, wo im Grundbuche neben dem Fruchtgenußrechte das „Verwaltungsrecht" ausdrücklich eingetragen ist.

Trotzdem im ersten Falle die Zwangsversteigerung, im zweiten Falle die Zwangsverwaltung der Liegenschaft dem Pfandgläubiger nicht bewilligt werden kann, wird an der Pfandrechtsnatur seines Rechtes gewiß niemand zweifeln.

Wie steht es nun mit den Besonderheiten des Befriedigungsrechtes? Es ist sicherlich noch immer ein Unterschied zwischen dem vollständig entwickelten Pfandrechte und dem Befriedigungsrechte vorhanden, und dieser ist die größere Dauerhaftigkeit des vollständig entwickelten Pfandrechts. Denn während das Befriedigungsrecht *als solches* mit der Einstellung der Exekution erlischt, besteht das Pfandrecht fort. Es kann der Inhaber des Pfandrechtes infolgedessen nach Einstellung der Zwangsverwaltung eine neue Zwangsverwaltung der verpfändeten Liegenschaft, nach Einstellung der Zwangsversteigerung eine neue Zwangsversteigerung *zur Realisierung des alten Pfandrechts* beantragen, wenn er die oben erwähnten Urkunden (§§ 1 und 9 E. O.) beibringt.[19]) Der Inhaber des Befriedigungsrechtes hat *vom Augenblicke der Einstellung der Exekution an in der Regel*[20]) *überhaupt kein Recht an der Liegenschaft mehr.*

Daß der Unterschied in der Dauerhaftigkeit aber das Wesen der Rechte nicht berührt, zeigt sich darin, daß es

[19]) Dem Antrage auf Zwangsversteigerung darf freilich im Falle des § 200, Z. 3 E. O. und des § 151, Abs. 3 E. O. erst nach Ablauf eines halben Jahres stattgegeben werden.

[20]) Die Ausnahme des § 208 E. O. wird sofort zur Besprechung gelangen.

zweifelsohne ein zeitlich beschränktes Pfandrecht gibt. Es ist zulässig, das Pfandrecht bis zu einem bestimmten oder unbestimmten Zeitpunkte einzuräumen, der Dauer dieses Rechtes von vornherein eine Grenze zu setzen. Wir werden uns erinnern, daß für das richterliche Pfandrecht an beweglichen Sachen sogar das Gesetz (§ 256 E. O.) eine solche Zeitgrenze bestimmt hat. Noch näher aber liegt uns der Fall der Einräumung eines Immobilarpfandrechtes durch einen Eigentümer, dessen Eigentumsrecht bedingt oder zeitlich beschränkt ist. Ein geradezu klassisches Beispiel für bedingtes Eigentumsrecht und bedingtes, beziehungsweise zeitlich beschränktes Pfandrecht bietet uns das österreichische Recht im Falle der „Anmerkung der Rangordnung". Wenn die Anmerkung der Rangordnung für die Veräußerung einer Liegenschaft grundbücherlich eingetragen ist und nunmehr der Eigentümer ein vertragsmäßiges Pfandrecht an der Liegenschaft einräumt oder ein solches gerichtliches Pfandrecht gegen ihn erworben wird, erlischt dieses Pfandrecht, wenn er innerhalb der sechzigtägigen Frist nach Bewilligung der Rangordnungsanmerkung die Liegenschaft weiter veräußert.

Ob nun Wirksamkeit und Dauer des Pfandrechtes durch die Einstellung der bestimmten zum Zwecke der Pfandrechtsrealisierung eingeleiteten Exekution oder aber durch den Eintritt eines anderen Ereignisses begrenzt werden — wie in unserem Beispiele durch die Veräußerung der Liegenschaft an einen Dritten, für welche vorher die Rangordnung angemerkt war —, das kann keinen das Wesen der Sache berührenden Unterschied machen. An der Richtigkeit dieser Erkenntnis ändert es selbstverständlich nichts, wenn man die Veräußerung, für welche die Rangordnung angemerkt war, als „Eintritt einer resolutiven Bedingung" auffaßt. Es ist auch möglich, die Einstellung der Exekution als Eintritt einer die Erlöschung des Befriedigungsrechtes bewirkenden Resolutivbedingung anzusehen. Die Beispiele dafür, daß

auch die bisher bekannten vollständig entwickelten Pfandrechte oft in ähnlicher Weise wie Befriedigungsrechte erlöschen, ließen sich dann durch den Hinweis auf sonstige Resolutivbedingungen noch vermehren.

Allein — und darauf muß schon jetzt hingewiesen werden — nicht immer erlischt das Pfandrecht, das wir in dem Befriedigungsrechte erblicken, durch Einstellung der Exekution. Wie das resolutiv bedingte Pfandrecht sich durch Wegfall der Bedingung in ein unbedingtes Pfandrecht verwandeln kann (in unserem Beispiele: durch unbenütztes Verstreichenlassen der sechzigtägigen Veräußerungsfrist nach Bewilligung der Rangordnungsanmerkung); wie das „betagte", „auf einen Zeitpunkt eingeschränkte" Pfandrecht in ein unbeschränktes Pfandrecht verwandelt werden kann, so kann sich das Befriedigungsrecht in manchen Fällen[21]) in ein vollständig entwickeltes Pfandrecht verwandeln.

Wir sehen also einerseits, daß die von Ehrenzweig als wesentlich betrachteten Unterschiede den Pfandrechtscharakter der Befriedigungsrechte nicht aufzuheben vermögen, und ersparen uns, wenn wir die Befriedigungsrechte als unvollständig entwickelte Pfandrechte ansehen, eine ganze Reihe unerklärbarer „Ausnahmen".[22])

---

[21]) Besonders unter den Voraussetzungen des § 208 E. O. Darüber später.

[22]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig, S. 763: „über den Rahmen des bestimmten Verfahrens hinaus wirken die Befriedigungsrechte nur (?) in zwei Fällen" (§ 218 E. O.; § 208 E. O.). Ferner aber S. 764, betreffend die Behandlung der Befriedigungsrechte im Konkurse (es haben also doch die Inhaber der Befriedigungsrechte die Stellung der Pfandinhaber in den Fällen der §§ 30—37 K. O. usw.; das sind abermals Ausnahmen!). Endlich S. 764, Anm. 8, wobei in § 200 E. O. der zweite Teil des Abs. 2, der gegen Ehrenzweigs Meinung spricht, vollständig unberücksichtigt bleiben muß.

Andererseits stimmen das Befriedigungsrecht und das bisher bekannte Pfandrecht in allen Punkten, welche das Wesen dieser Rechte betreffen, überein.

Die Entstehung des Befriedigungsrechtes vollzieht sich, wenn wir die Lehre vom titulus und modus zu Grunde legen, in der Art, daß wie beim „richterlichen Pfandrechte" ein richterlicher Ausspruch den Titel, eine grundbücherliche Eintragung den Modus bildet.

Die Wirkung drückt sich übereinstimmend mit dem Pfandrechte darin aus, daß das Befriedigungsrecht ein absolutes Recht an der Sache darstellt. Die Rangordnung mehrerer Befriedigungsrechte untereinander sowie im Verhältnis zu Pfandrechten bestimmt sich nach dem Zeitpunkte der bücherlichen Eintragung. Der Umfang des Befriedigungsrechtes ist ebenso wie der des gewöhnlichen Pfandrechtes dahin zu bestimmen, daß das Befriedigungsrecht die unbewegliche Sache samt Früchten, Akzessionen und Pertinenzen ergreift (insbesondere ein Gut samt fundus instructus). Dementsprechend sind die Modifikationen des Befriedigungsrechtes bei Erweiterung, Verminderung und Wechsel seines Objektes dieselben wie beim Pfandrechte. Ganz übereinstimmend mit dem Pfandrechte geht das Befriedigungsrecht auf die Expropriationssumme, auf das Meistbot oder den Übernahmspreis für die Liegenschaft, welche Objekt des Befriedigungsrechtes war, über. Daß endlich die Erlöschung des Befriedigungsrechtes auch dort, wo nicht die aus der Pfandrechtslehre geläufigen Erlöschungsgründe (Löschung der bücherlichen Anmerkung über Antrag des Gläubigers; Untergang des Pfandobjektes; exekutiver Verkauf; Einschränkung der Exekution nach § 96 E. O. wie bei der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung usw.) eintreten, nichts dem Pfandrechte Fremdes an sich hat, wurde bereits gezeigt.

Unterschiede finden sich hauptsächlich bei der Übertragung und Belastung des Befriedigungsrechtes; hiebei muß fest-

gehalten werden, daß Befriedigungsrechte keine bücherlichen Rechte sind, wie dies Ehrenzweig in zutreffendster Weise ausführt.[23])

In dieser Richtung, nämlich in der Richtung der Verkehrsfähigkeit, ist das Befriedigungsrecht nicht entwickelt; darin zeigt sich die Unvollständigkeit seiner Entwicklung.

Dieses unvollständig entwickelte Pfandrecht kann sich aber in ein vollständig entwickeltes Pfandrecht verwandeln im Falle des § 208 E. O. Wenn nämlich das Versteigerungsverfahren hinsichtlich einer Liegenschaft rechtskräftig eingestellt wird, können innerhalb der Frist von 14 Tagen nach Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses alle Gläubiger, zu deren Gunsten die Einleitung des Versteigerungsverfahrens im öffentlichen Buche angemerkt wurde, beim Exekutionsgerichte den Antrag stellen, daß in der Rangordnung dieser Anmerkung für ihre vollstreckbare Forderung das Pfandrecht auf die in Exekution gezogene Liegenschaft einverleibt werde.

Es ist ganz richtig, wenn der Ausschußbericht[24]) als Zweck dieser Gesetzesbestimmung bezeichnet, daß der betreibende Gläubiger nicht wegen der Gefährdung seiner Priorität im Falle der Einstellung des Verfahrens zur Verweigerung einer Sistierung genötigt werden solle, welche er sonst bewilligt hätte. Uns aber interessiert der materiellrechtliche Vorgang, der sich bei Anwendung der zitierten Gesetzesstelle (§ 208 E. O.) abspielt. Wenn das Befriedigungsrecht als jus sui generis konstruiert wird, bleibt dieser Vorgang eine schlechterdings unerklärbare Ausnahmsbestimmung. Unter

---

[23]) Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, III. Auflage, S. 764, Text und Anm. 9: „Das Publizitätsprinzip macht sich nach der negativen, nicht auch nach der positiven Seite hin geltend. Befriedigungsrechte können nicht im Vertrauen auf das öffentliche Buch erworben werden."

[24]) Materialien (II), S. 25. Ebenso Ehrenzweig in Krainz-Pfaffs System, 3. Aufl. Band 1, S. 763, Anm. 6.

Zugrundelegung unserer Konstruktion aber erscheint es ganz naturgemäß, daß aus dem unvollständig (d. h. einseitig) entwickelten Pfandrechte nun ein vollständig entwickeltes Pfandrecht werden kann, das selbstverständlich den Rang behält, den es als unvollständig entwickeltes Pfandrecht schon hatte.

Dies legt uns eine Analogie aus dem bisherigen Hypothekenrechte nahe, die um so mehr hervorgehoben werden muß, als sie dem Ausschusse und später der Permanenzkommission bei Abfassung des Gesetzestextes der E. O. vorschwebte, wie aus mehreren Stellen der „Materialien" zu entnehmen ist.[25])

In der Lehre vom Vertragspfandrechte begegnen wir gleichfalls einem unvollständig entwickelten Pfandrechte, das aber noch viel rudimentärer ist und darum von Exner[26]) zutreffend als „unentwickeltes Recht" bezeichnet wurde. Es ist dies das Recht aus der Anmerkung der Rangordnung für die Verpfändung. Dieses Recht weist manche Ähnlichkeit mit dem Befriedigungsrechte auf, nur ist seine Entwicklung — wie schon erwähnt — gegenüber jener des Befriedigungsrechtes weit zurückgeblieben: Es gibt Fälle, in welchen nicht einmal ein bestimmtes Subjekt des Rechtes aus der Anmerkung der Rangordnung vorhanden ist.

Dieses Recht bleibt wirksam, auch wenn die Liegenschaft an einen anderen Eigentümer übergeht (§ 56 Grundb.-Ges.). Eine Veräußerung oder Belastung dieses Rechtes ist natürlich ausgeschlossen.

Ein Vergleich des Rechtes aus der Anmerkung der Rangordnung mit dem Befriedigungsrechte ist — trotz der so verschiedenen Intensität der Wirkung beider Rechte — schon durch die Kodifikationsgeschichte der Exekutionsordnung geboten. Der Ausschuß des Abgeordnetenhauses fand: „Den

---

[25]) Besonders die später zitierte Stelle Bd. II, S. 25 l. c.

[26]) Östreichisches Hypothekenrecht, S. 469, Anm. 22 (oben zitiert).

gegen die Regierungsvorlage geltend gemachten Bedenken läßt sich durch Aufnahme einer Bestimmung Rechnung tragen, . . . durch welche dem betreibenden Gläubiger die Möglichkeit gewährt wird, in der Rangordnung der Anmerkung ein Pfandrecht für seine vollstreckbare Forderung zu erwerben. Hiebei knüpfte man an den in der allgemeinen Grundbuchsordnung § 53 ff. niedergelegten Gedanken (Anmerkung der Rangordnung) an."[27])

Zunächst mögen die Unterschiede beider Rechtsinstitute hervorgehoben werden: Das Befriedigungsrecht hat immer ein bestimmtes Rechtssubjekt und Rechtsobjekt, ist überhaupt nicht als „unentwickeltes", sondern als einseitig, d. h. unvollständig entwickeltes Recht zu betrachten. Seine Wirkung äußert sich unbedingt, ohne daß es erst noch einer weiteren grundbücherlichen Eintragung bedürfte. Insbesondere im Falle des Konkurses ist es schlechtweg wie ein anderes Pfandrecht zu behandeln.

Demgegenüber steht aus der Anmerkung der Rangordnung, wenn keine weitere Eintragung erfolgt, noch niemandem ein unbedingt wirksames Recht zu. Insbesondere ist das unentwickelte Pfandrecht, das aus der Anmerkung der Rangordnung für die Verpfändung entspringt, gleichsam nur in einem so embryonalen Zustande vorhanden und besitzt eine so bedingte Wirkung, daß ohne eine nachträgliche Pfandrechtseinverleibung der Gläubiger die Möglichkeit gar nicht hat, „seine Befriedigung aus der verpfändeten Sache zu suchen". Von einem Übergange des unentwickelten Rechtes aus der Anmerkung der Rangordnung auf das Meistbot ist keine Rede. Der Gläubiger kann auf Grund der Anmerkung der Rangordnung ohne Pfandrechtseinverleibung keinen Anspruch auf irgendwelche Befriedigung aus dem Meistbote erheben. Im Konkurse hängt die Wirksamkeit der Rang-

[27]) „Materialien", Bd. II, S. 25.

ordnungsanmerkung nach § 56 Grundb.-Ges. davon ab, daß die Urkunde über die Verpfändung, beziehungsweise Veräußerung der Liegenschaft schon vor dem Tage der Konkurseröffnung ausgefertigt war, was durch gerichtliche oder notarielle Beglaubigung dargetan werden muß.

Die Ähnlichkeit der beiden Rechtsinstitute besteht hauptsächlich: 1. in einer gewissen sachlichen Gebundenheit des Rechtsobjektes, vermöge welcher bei freiwilliger Veräußerung sowohl das Recht aus der Anmerkung der Rangordnung als das Befriedigungsrecht gegen den neuen Eigentümer wirksam werden kann; 2. in der Eigenschaft beider Rechte, sich zu einem vollständigen Pfandrechte entwickeln zu können, das naturgemäß in der Rangordnung der bezüglichen Anmerkung geltend gemacht wird; 3. in der Begründung beider dinglicher Rechte an einer Liegenschaft durch eine grundbücherliche Anmerkung (nicht Einverleibung). Außer in dem letzterwähnten, rein formellen Momente liegt demnach die Ähnlichkeit des Rechtes aus der Anmerkung der Rangordnung für die Verpfändung mit dem Befriedigungsrechte in der pfandrechtlichen Natur beider Rechte.

Der Verfasser hat in der bisherigen Literatur eine Auffassung eines Befriedigungsrechtes als Pfandrecht allerdings nur bei einem Autor gefunden.[28]) Schwind [29]) sagt nämlich, daß demjenigen, der im Zuge der Exekution für seine For-

[28]) Und zwar erst nach Niederschrift obiger Ausführungen. Czoernig („Vorlesungen über die Exekutionsordnung", Wien 1898) spricht sich gegen die Konstruktion des Befriedigungsrechtes im Versteigerungsverfahren als Pfandrecht aus (S. 111). Sein Ausspruch anläßlich der Behandlung des Befriedigungsrechtes im Verwaltungsverfahren „M. E. braucht man dem Ausdrucke Pfandrecht nicht aus dem Wege zu gehen" (S. 81) ist vielleicht deshalb so dunkel geblieben, weil sein Autor das materielle Recht nicht erörtern wollte.

[29]) „Wesen und Inhalt des Pfandrechtes", Jena 1899, S. 95 und 96.

derung eine Anmerkung des Versteigerungsverfahrens eintragen ließ, die wesentlichen Rechte zustehen, welche den materiellen Inhalt jedes Pfandrechts bilden. Schwind gelangt zu diesem Satze, indem er davon ausgeht, daß die Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens im Grundbuche „formell kein Pfandrecht" begründe, daß aber durch diese Anmerkung materiell „eine Gebundenheit des Gutes zum Zwecke der Sicherstellung einer Schuld begründet wird, daß diese Gebundenheit einerseits jedem Dritten gegenüber wirkt, daß jedem gegenüber der Gutswert zum Zwecke der Schuldentilgung durch Zwangsverkauf realisiert werden kann, und daß diese Gebundenheit andrerseits mit dem Untergange der Schuld, also mit dem Wegfall des Sicherungszweckes beendet wird".

So sehr wir der Meinung Schwinds zustimmen, daß durch die Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens „Rechte begründet werden, welche den Inhalt des Pfandrechtes bilden", so wenig können wir seine Formulierung zur Grundlage dieser Lehre für das österreichische Recht nehmen. Die Anmerkung der Zwangsverwaltung bleibt bei Schwind völlig unberücksichtigt. Wir aber sind der Meinung, daß durch diese Anmerkung ein unvollständig, einseitig entwickeltes Pfandrecht ad fructus [30]) begründet wird. Ferner läßt es sich nicht verhehlen, daß die Lehre von einem Rechtsinstitute, das formell kein Pfandrecht, aber materiell ein solches ist — so geistreich diese Lehre vom Standpunkte der Theorie auch erscheinen mag — für die Praxis des österreichischen Rechtes bedeutungslos bleiben muß. Für die Praxis ist maßgebend, daß eine Übertragung und eine Belastung des in Rede stehenden Pfandrechtes nicht ebenso wie eine solche des bisher bekannten Pfandrechtes erfolgen kann,

[30]) „Pfandrecht ad fructus" im Sinne Exners (Östreichisches Hypothekenrecht S. 50) als Pfandrecht an dem Tabularkörper selbst betrachtet.

daß die Verkehrsfähigkeit jenes Pfandrechtes somit nicht entwickelt ist. Daher verbleibt es bei unserer Bezeichnung der Befriedigungsrechte als unvollständig (einseitig) entwickelter Pfandrechte.

Wer die Pfandrechtsnatur des „Befriedigungsrechtes" klar erkannt hat, wird zum Verständnisse des § 201 E. O. kaum einer Erklärung bedürfen und vor gefährlichen Irrtümern bei der Auslegung dieses Paragraphen bewahrt bleiben. Auf Antrag des Verpflichteten kann nach § 201 E. O. statt des Versteigerungsverfahrens die Zwangsverwaltung der Liegenschaft angeordnet und das Versteigerungsverfahren aufgeschoben werden, wenn 1. Annuitäten oder sonstige Kapitalsabschlagszahlungen vereinbart wurden und dieselben samt Zinsen durch den (durchschnittlichen) jährlichen Ertragsüberschuß aus der Zwangsverwaltung der Liegenschaft gedeckt werden können oder 2. wenn die ganze Forderung im Laufe eines Jahres aus dem voraussichtlichen Ertragsüberschusse getilgt werden kann.

Setzen wir nun den Fall, zu Gunsten der Forderung des betreibenden Gläubigers hafte im Grundbuche nur die Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens (also kein einverleibtes Pfandrecht): Es ist klar, daß im Falle des § 201 E. O. die Ausübung des unvollständig entwickelten Pfandrechts berührt wird, nicht dessen Existenz. Wenn die ganze Forderung im Laufe eines Jahres getilgt werden kann (nur dieser Fall dürfte für die Einschränkung eines Befriedigungsrechtes in Betracht kommen), so wird das „Befriedigungsrecht" von Gesetzes wegen über Antrag des Verpflichteten nicht anders realisiert werden dürfen, als durch Zwangsverwaltung. Der Fall liegt ebenso, wie wenn ein Pfandrecht ad fructus begründet oder wie wenn einer Pfandrechtseinverleibung später (etwa infolge eines Vertrages zwischen den Parteien oder einer letztwilligen Anordnung)

die Anmerkung beigefügt worden wäre, daß das Pfandrecht nur „ad fructus" der Liegenschaft ausgeübt werden darf. Die Norm des § 201 E. O. stellt sich lediglich als ein Spezialfall der Einschränkung der Exekution dar: Nach § 41 E. O. ist die Exekution einzuschränken, wenn sie in größerem Umfange vollzogen wurde, als zur Erzielung vollständiger Befriedigung des Gläubigers notwendig ist. Ganz ebenso kann, wenn an mehreren beweglichen Sachen ein gerichtliches Pfandrecht erworben wurde, im Falle des § 263, E. O. die Einschränkung der Pfändung auf eine dieser Sachen statthaben.

So wenig aber in dem letztangeführten Falle jemand daran zweifeln wird, daß die Rangordnung des eingeschränkten Pfandrechtes sich nach der ursprünglichen Pfändung bestimmt, so wenig kann nach unserer Meinung ein Zweifel darüber obwalten, daß die Rangordnung des unvollständig entwickelten Pfandrechtes an der Liegenschaft im erstangeführten Fall durch die erste diesbezügliche Grundbuchseintragung, d. i. durch die Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens bestimmt wird. Nach unserer Theorie ergibt sich dies ganz von selbst, denn nach wie vor besteht ein unvollständiges Pfandrecht an der Liegenschaft, nur seine Ausübung ist — zum Schutze des Verpflichteten — eingeschränkt. Es können zur Befriedigung des Gläubigers nur die Früchte unmittelbar herangezogen werden. — Anders freilich stände es, wenn wir dem „Befriedigungsrecht" die Pfandrechtsnatur absprechen wollten: dann müßten wir eine „Verwandlung" eines Befriedigungsrechtes in ein anderes annehmen, der sich leicht eine Kette von anderen „Verwandlungen" anschließen könnte[31]); eine

---

[31]) Z. B. würde, wenn nach Anordnung der Zwangsverwaltung ein anderer Gläubiger die Versteigerung der Liegenschaft erwirkt, die Forderung offenbar in der Rangordnung der früheren Anmerkung aus dem Meistbote befriedigt werden (§ 216, Z. 4 und § 218 E. O.); man hätte also in diesem Falle unnötigerweise eine „Rückverwandlung"!

offenbar überflüssige Reihe von Fiktionen!! Denn auf andere Weise könnte man den Grundsätzen des Rechtes und der Billigkeit im Falle des § 201 E. O. schlechterdings nicht entsprechen. Die Rangordnung, in welcher der betreibende Gläubiger auf Befriedigung seiner Forderung Anspruch erheben darf, kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob irgendein Gläubiger etwa in der Zwischenzeit bis zur Anordnung der auf Antrag des Verpflichteten nunmehr statt der Zwangsversteigerung eintretenden Zwangsverwaltung ein (vollständig oder unvollständig entwickeltes) Pfandrecht an der Liegenschaft erworben hat. Für die Praxis ergibt sich hieraus die Folge, daß die Anmerkung der Zwangsverwaltung für die Forderung des betreibenden Gläubigers in das Grundbuch, wenn sie überhaupt eingetragen wird, nur in der Rangordnung der früheren „Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens" eingetragen werden könnte. Und das stimmt wieder zu der Pfandrechtsnatur des durch diese Anmerkung begründeten Rechtes.

Es erübrigt nun noch, von unserem Standpunkte aus eine Erklärung des § 218, Abs. 3, E. O. zu versuchen, welcher in der bisherigen Privatrechtsliteratur als ein „Noli me tangere" behandelt werden mußte: „Forderungen, zu deren Hereinbringung vor Einleitung des Versteigerungsverfahrens die Zwangsverwaltung der Liegenschaft angeordnet wurde, gelangen in der gemäß § 104 dem Befriedigungsrecht des Gläubigers zukommenden Rangordnung" (nämlich jener der Anmerkung der Zwangsverwaltung) „aus der Verteilungsmasse zum Zuge, wenngleich dieser Gläubiger weder pfandrechtlich sichergestellt, noch dem Versteigerungsverfahren beigetreten ist."

Nach dieser Gesetzesstelle sind zwei Fälle zu unterscheiden: 1. Die ausdrücklich geregelte Behandlung von Forderungen, für welche vor Einleitung des Versteigerungs-

verfahrens die Zwangsverwaltung der Liegenschaft angeordnet wurde, erklärt sich eben daraus, daß damit für diese Forderungen ein unvollständig entwickeltes Pfandrecht begründet wurde.[32]) Dieses unvollständig entwickelte Pfandrecht geht, wie das ja auch sonst der Fall ist, auf das Meistbot über. „Pretium succedit in locum rei." Das unvollständig entwickelte Pfandrecht wird wie ein sonstiges Pfandrecht nach Maßgabe seiner Rangordnung bei der Meistbotverteilung berücksichtigt.

2. Der zweite Fall wird in der Praxis sehr selten, fast nie vorkommen. Es müßte ein Gläubiger nach Einleitung des Versteigerungsverfahrens Zwangsverwaltung beantragen, ohne vorher oder gleichzeitig ein Pfandrecht oder die Anmerkung der Zwangsversteigerung erwirkt zu haben. Wenn aber die betreffende Liegenschaft schon versteigert werden soll, ist dies ein Zeichen, daß selbst besser lozierte Gläubiger aus der Zwangsverwaltung keine Befriedigung mehr erwarten. Denn kraft der für den gut lozierten Gläubiger bequemeren und sichereren Ausgestaltung der Zwangsverwaltung ist diese seit Einführung der Exekutionsordnung ein primäres Exekutionsmittel geworden. Um so weniger kann der schlechter lozierte Gläubiger erwarten, daß nach Bezahlung der Steuern — welche in solchen Fällen gewöhnlich seit längerer Zeit rückständig sind —, nach Bezahlung der

[32]) In der Formulierung dieses Satzes war die Gesetzgebung nicht konsequent. Nach dem von der Redaktionskommission zuletzt eingenommenen Standpunkte hätte diese gemeinsame Kommission des Abgeordneten- und Herrenhauses den Wortlaut der Gesetzesstelle präziser fassen müssen: „Forderungen, zu deren Hereinbringung vor der Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens die Anmerkung der Zwangsverwaltung grundbücherlich eingetragen ist . . . ." In der Praxis freilich wird dies keinen Unterschied machen, zumal die Gesetzesstelle gewiß in der angegebenen Weise zu interpretieren ist. Die Textierung des Gesetzes paßt eigentlich besser für den Fall, daß die versteigerte Liegenschaft kein Gegenstand des Grundbuches ist.

sonstigen Abgaben, Auslagen und der Hypothekarzinsen vorausgehender Forderungen noch etwas aus den Ertragsüberschüssen für ihn abfallen werde.

Es wird also in der Praxis die Zwangsverwaltung ohne gleichzeitige Pfandrechtseinverleibung oder Zwangsversteigerung in derartigen Fällen kaum beantragt werden. Die differenzierende Behandlung des aus der Zwangsverwaltung fließenden „Befriedigungsrechtes" nach Einleitung des Versteigerungsverfahrens in unserem Gesetze ist ziemlich überflüssig.

De lege lata erlischt in diesen seltenen Fällen das unvollständig entwickelte Pfandrecht mit dem Zuschlage der versteigerten Liegenschaft, ohne auf das Meistbot überzugehen. Die Anomalie liegt darin, daß hier pretium non succedit in locum rei. Die Stilisierung der Gesetzesstelle, welche diese — wie gesagt, in der Praxis kaum vorkommende — Ausnahme verschuldet, beruht auf einer unklaren Vorstellung von den Folgen der Trennung der Exekution auf die Früchte der Liegenschaft von jener auf die Liegenschaft selbst. Diese Vorstellung gelangt in den Motiven mehrfach zum Ausdruck.[33])

Der Pfandrechtscharakter des aus der Anmerkung der Zwangsverwaltung fließenden Rechtes bleibt aber auch in diesen Fällen gewahrt. Das unvollständig entwickelte Pfandrecht ist seiner Dauer nach begrenzt; es endet nicht nur mit der Einstellung der Zwangsverwaltung, sondern es erlischt unabhängig davon in dem Augenblicke, in welchem die vorher eingeleitete Zwangsversteigerung zum Zuschlage der Liegenschaft führt. Es ist dies genau derselbe Fall wie jener des Erlöschens eines Pfandrechtes im Augenblicke des Eintretens einer Resolutivbedingung.

---

[33]) Materialien, Bd. I, S. 501 u. a. m.

Das im Vorstehenden von dem Meistbote Gesagte ist auch auf den Übernahms-, beziehungsweise Verkaufspreis der Liegenschaft § 200, 204 E. O.), das für den Zuschlag Giltige ebenso auf den anderweitigen Verkauf der Liegenschaft im exekutiven Wege anzuwenden.

II. Einiges von den Lehrbegriffen des Hypothekenrechts.

Die Prinzipien des österreichischen Hypothekenrechts wurden durch die neueste Gesetzgebung nicht berührt. Es wird deshalb die Lehre von der Publizität und den Voraussetzungen der Hypothek hier nicht weiter erörtert, um Wiederholungen des bereits von so vielen berufenen Federn Dargestellten und in der Literatur des österreichischen Rechtes erschöpfend Ausgeführten zu vermeiden. Aus dem gleichen Grunde wird auf eine systematische Erörterung über die akzessorische Natur der vollständig entwickelten Hypothek verzichtet.[1]) Hingegen dürften einige Spezialfragen immerhin ein näheres Eingehen an dieser Stelle verdienen.

Gegenstand und Umfang des Hypothekenrechts.

Übersicht.

Objekt des Hypothekenrechts ist entweder eine in einem öffentlichen Buche eingetragene Liegenschaft als „Grundbuchskörper", beziehungsweise Tabularkörper; oder ein ideeller Anteil an einer solchen Liegenschaft; oder ein im öffentlichen Buche eingetragenes Recht an einer solchen Liegenschaft.

---

[1]) Es wird hinsichtlich der nicht ex professo behandelten Kapitel des Hypothekarrechtes vor allem auf Exner („Das Östreichische Hypothekenrecht"), dann auf die bezüglichen Abschnitte in Krainz-Pfaff-Ehrenzweigs „System" und Stubenrauchs „Kommentar zum österreichischen allg. bürgerl. Gesetzbuche" verwiesen. Auch Adler („Das Publizitätsprinzip im österreichischen Tabularrecht") behandelt einschlägige Fragen. Von Randas „Eigentumsrecht" (2 Aufl., Leipzig 1893) befaßt sich der Schlußparagraph (§ 25, S. 537 ff., besonders S. 545—548) gleichfalls mit dieser Materie.

Nach der Bremer-Hofmannschen Theorie,[2]) die auch Pfaff[3]) billigt, muß stets ein Recht an einer Liegenschaft, nämlich in den beiden ersten Fällen das Eigentumsrecht, als unmittelbares Objekt des Hypothekenrechtes betrachtet werden. In der Praxis führt diese Theorie auf dem Gebiete des Hypothekenrechts zu ebendenselben Resultaten wie die landläufige, im ersten Satze dieses Abschnittes wiederholte Unterscheidung und wie die Exnersche Theorie,[4]) nach welcher auch das Hypothekenrecht an einem bücherlich eingetragenen Rechte als ein Recht an dieser Liegenschaft selbst aufzufassen ist.

Viel wichtiger, ja grundlegend für das österreichische Hypothekenrecht ist der Begriff des „Grundbuchskörpers". Wie Exner[5]) bereits festgestellt hat, ist ein Grundbuchskörper „eine universitas rerum, bestehend aus allen Grundstücken, welche im gegebenen Zeitpunkt eine Grundbuchseinlage haben, samt deren Inkorporationen und Pertinenzen". Es gehören demnach zu dieser universitas rerum auch Rechte und bewegliche Sachen.

Nach § 3 Grundb.-Ges. (vom 25. Juli 1871, Nr. 95 R. G. Bl.) ist jeder Grundbuchskörper als ein Ganzes zu behandeln. Das Pfandrecht an einer im öffentlichen Buche eingetragenen Liegenschaft ist demnach tatsächlich ein Pfandrecht an einer „universitas rerum". Wie wir später sehen werden, ist der Kreis der zu dieser universitas gehörigen beweglichen Sachen durch die neuere Gesetzgebung sogar er-

---

[2]) Siehe „Definition des gegenwärtigen Pfandrechtsbegriffes" (I. Kapitel) bei Anmerkung 5) und 6).

[3]) „Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung", passim. Siehe übrigens das oben zitierte I. Kapitel, Anm. 8. — Ebenso: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 269, S. 772.

[4]) „Kritik des Pfandrechtsbegriffes", bes. S. 70, 177. „Östreichisches Hypothekenrecht", S. 53, Anm. 2. Siehe I. Kapitel, besonders bei Anm. 10 und 11.

[5]) „Das Östreichische Hypothekenrecht", S. 48.

weitert worden. Wenn demnach im folgenden nach dem Vorgange des Grundbuchsgesetzes[6]) und der Exekutionsordnung von dem Pfandrechte an Liegenschaften die Rede ist, ist darunter das Pfandrecht an Grundbuchskörpern zu verstehen.

Gegenstände des Hypothekarrechtes sind nach gegenwärtigem österreichischem Rechte:

1. Liegenschaften, für welche eine eigene Einlage in dem Grundbuche oder der Landtafel[7]) eröffnet ist. Diese Liegenschaften „samt Inkorporationen und Pertinenzen“ heißen eben im Sinne des § 2 Grundb.-Ges. „Grundbuchskörper“. Schon nach § 457 a. b. G. B. erstreckt sich das Pfandrecht an Liegenschaften auch auf Zuwachs, Zugehör und nicht abgesonderte Früchte der Liegenschaft. (Die näheren Ausführungen über das Pfandrecht an den mit dem Besitze der Liegenschaft verbundenen Rechten, am Zugehör und an den Früchten werden einer speziellen Erörterung vorbehalten.) —

---

[6]) §§ 10, 22, 24, 53, 59 usw.

[7]) Die Landtafel oder — nach der offiziellen Bezeichnung — „Das Grundbuch für landtäfliche Liegenschaften“ ist bezüglich der Pfandrechtslehre den anderen Grundbüchern vollkommen gleichzustellen. — Ein Unterschied zwischen diesen und der Landtafel kann heutzutage nur auf dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechtes gefunden werden; hieraus erklären sich einige Formalvorschriften im Grundbuchs- und Gerichtsverfahren. Der Besitz landtäflicher Güter in einem bestimmten Umfange (mit bestimmter Realsteuerleistung) gewährt ein privilegiertes politisches Wahlrecht; daher ist ein politischer Konsens bei Zu- bezw. Abschreibung von Grundstücken zum oder vom Gutsbestande eines landtäflichen Grundbuchskörpers und bei der Neuerrichtung von Landtafeleinlagen erforderlich (Gesetze über Anlegung und Einrichtung der Grundbücher, z. B. für Böhmen vom 5. Dezember 1874, L. G. Bl. Nr. 72, § 3, für Niederösterreich vom 2. Juni 1874, R. G. Bl. Nr. 88, § 3). Ferner vgl. §§ 107, 110, 117 J. N., § 19 E. O. — Ohne Bedeutung für das Recht ist es, daß zu einer Landtafeleinlage zuweilen Grundstücke gehören, die mehrere hundert Kilometer voneinander entfernt liegen, und daß sowohl Landgüter als einzelne Häuser in Städten in die Landtafel eingetragen sind.

Liegenschaften, welche nur einen Teil einer Grundbuchseinlage bilden, können für sich allein mit Hypotheken nicht belastet werden (§§ 3, 13 Grundb.-Ges.).

2. Ideelle Liegenschaftsanteile nur, wenn das Eigentum an dem ganzen Grundbuchskörper für mehrere Personen eingetragen ist und das Pfandrecht auf den Anteil eines Miteigentümers eingetragen werden soll (§ 13 Grundbuchsgesetz).

3. Das verbücherte Fruchtgenußrecht an einer Liegenschaft oder einem Liegenschaftsanteile, oder an einer verbücherten Forderung, beziehungsweise einem Teile derselben. Andere persönliche Servituten, die auf einem Grundbuchskörper haften, nur, wenn ihre Ausübung auf eine andere Person übertragbar ist.[8])

4. Das Erbpacht-, das Erbzins- und das Bodenrecht (Bodenzinsrecht), soweit diese Rechte grundbücherlich eingetragen sind. In dieselbe Kategorie von Rechten, an welchen ein Hypothekarrecht erworben werden kann, gehört auch das im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche (§ 1012 ff.) geregelte „Erbbaurecht", dessen Einführung in Österreich wiederholt in parlamentarischen Vertretungskörpern angeregt wurde.[9]) Mit

---

[8]) Nach österreichischem Rechte kann wohl nur ein Wohnungsrecht in Betracht kommen, bei dem durch Parteidisposition die Übertragbarkeit gestattet ist. Ob diese Gestattung ein spezialisiertes Fruchtgenußrecht im Sinne des § 251 a. b. G. B. (zweiter Satz) und Krainz-Pfaff-Ehrenzweigs (§ 256, S. 738) begründet?? Diese Frage wird als quaestio facti wohl in jedem einzelnen Falle besonders zu entscheiden sein.

[9]) So im niederösterreichischen Landtage von Philippovich und Genossen (der bezügliche Dringlichkeitsantrag wurde am 18. Juli 1901 angenommen), im Abgeordnetenhause von Schücker und Genossen (Antrag vom 23. Oktober 1901, Nr. 1008 der Beilagen zu dem stenogr. Protokoll des Abgeordnetenhauses, XVII. Session; der Antrag rezipiert im wesentlichen die Bestimmungen des deutschen Rechtes). Vgl. Grünberg, „Bauten auf fremdem Grund", Wien 1903 (Schriften der österr. Gesellschaft für Arbeiterschutz) S. 9.

Exner[10]) wird man auch das „Nutzungseigentum" des Lehensträgers, falls dieses noch vorkommen sollte, hieher zählen.

Hingegen wird das „Nutzungseigentum des kirchlichen Benefiziaten"[11]) nach österreichischem Rechte in der Praxis niemals einen Gegenstand des Hypothekarrechts bilden, weil es in die öffentlichen Bücher nicht eingetragen wird.[12])

5. Das einer Eisenbahnunternehmung zustehende der Konzession gemäße dingliche Recht an der den Inhalt einer Eisenbahneinlage bildenden Bahnstrecke (§§ 7, 5 und 6 des Gesetzes vom 19. Mai 1874, Nr. 70 R. G. Bl.).

6. Das Eigentumsrecht des Staates an der den Inhalt einer Eisenbahneinlage bildenden Bahnstrecke, beziehungsweise diese Eisenbahn selbst.

7. Andere Nutzungsrechte an einer Bahn. In den Fällen 5. 6. und 7. ist die Bahnstrecke eine universitas rerum. Das Nähere hierüber folgt im zweiten Abschnitte der „speziellen Bemerkungen".

8. Das sogenannte „Bergwerkseigentum", das ist „kein Eigentum am Grubenfeld, das eben nur ein mathematischer Raum ist, sondern die Gesamtheit der in einem Bergbaurecht enthaltenen Befugnisse (zunächst der Okkupation vorbehaltenen Mineralien), welche nur nebenbei bisweilen auch Eigentum im engeren Sinne an Taggebäuden usw. mitumfaßt".[13]) Besonders wichtig für die Lehre vom Hypothekarrecht an diesem Komplex von Rechten sind die §§ 109, 258, 263 und 264 des allg. Berggesetzes vom 23. Mai 1854, Nr. 146 R. G. Bl., von welchen bei späterer Gelegenheit die Rede sein soll.

---

[10]) Hypothekenrecht, S. 54, Anm. 6.

[11]) So Exner a. a. O.

[12]) Darüber bringt der dritte Abschnitt der „Speziellen Bemerkungen" Näheres.

[13]) So Randa, Eigentumsrecht (2. Aufl., Leipzig 1893) S. 489.

9. Das Recht zur Gewinnung erdharzhältiger (naphthahältiger) Mineralien (§ 2 des Gesetzes vom 11. Mai 1884, Nr. 71 R. G. Bl.).

10. Das Hypothekarrecht selbst, und zwar: hinsichtlich der ganzen Forderung, für welche es haftet, hinsichtlich eines verhältnismäßig (quotativ) bestimmten oder eines ziffermäßig bestimmten Teiles derselben (§ 13 Grundb.-Ges.). Das Hypothekarrecht am Hypothekarrecht heißt „Afterhypothekarrecht" oder „Afterpfandrecht" (letztere Benennung entspricht einem weiteren Begriffe).

11. Verbücherte Bestandrechte; das Nähere hierüber folgt später.

12. Reallastberechtigungen.

Spezielle Bemerkungen.

1. Liegenschaften und Liegenschaftsanteile als Pfandobjekte.

Der Umfang des Pfandrechts an einer Liegenschaft reicht, wie erwähnt, über das Grundstück als solches hinaus; er umfaßt auch Rechte und bewegliche Sachen.

Prädialservituten kommen für das Hypothekarrecht nur als Nebenrechte des verpfändeten Grundstückes in Betracht.[14]) Sie bilden einen Bestandteil des Grundbuchskörpers, auf dem die Hypothek haftet, und sind in der Regel dementsprechend auch auf dessen Gutsbestandblatt eingetragen. Das Gleiche gilt auch von den radizierten Gewerberechten; dieselben sind bald im Grundbuche ersichtlich gemacht, bald nicht; ohne Rücksicht hierauf gelten sie immer als Bestandteil des Grundbuchskörpers, insbesondere auch bezüglich des auf dem Grundbuchskörper haftenden Hypothekarrechts.

Das Pfandrecht an der Liegenschaft erstreckt sich jedoch auch weiters auf Gegenstände, welche niemals ins Grundbuch eingetragen werden: Das sind die zu dem Grundbuchskörper

---

[14]) Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, S. 771.

gehörigen beweglichen Sachen. Wie weit aber der Kreis dieser vom Pfandrechte an der Liegenschaft mitergriffenen Gegenstände auszudehnen ist, das bestimmt nicht bloß das bürgerliche Recht, sondern, wie wir sehen werden, auch das Exekutionsrecht.

a) Das **Zubehör** des Grundstückes wird notwendigerweise (ipso jure) von jedem auf dem Grundstücke haftenden Pfandrechte mitergriffen. Das Zubehör steht stets im gleichen Pfandnexus wie das Grundstück, „zu dem es gehört". Dieser Grundsatz ist schon im § 457 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ausgesprochen[15]; er ist in der Judikatur des obersten Gerichtshofes stets festgehalten worden[17]; er ist neuerdings besonders scharf ausgeprägt und von Gesetzes wegen mit der Kraft einer z w i n g e n d e n Rechtsnorm (jus cogens) ausgestattet worden in § 252 E. O. und § 140 E. O.

Bereits das Hofdekret vom 7. April 1826, J. G. S. Nr. 2178, erklärte die abgesonderte Verpfändung, insbesondere aber die Schätzung und Feilbietung des Zugehörs eines unbeweglichen Gutes für unzulässig. Die Exekutionsordnung hat aber nicht nur in äußerst präziser Fassung statuiert, daß „das auf einer Liegenschaft befindliche Zugehör derselben nur mit dieser Liegenschaft selbst in Exekution gezogen werden" darf (§ 252 E. O.), sondern auch verfügt, daß bei einer Schätzung der Liegenschaft stets auch das auf der Liegenschaft befindliche Zubehör derselben zu beschreiben und zu

---

15) „Das Pfandrecht erstreckt sich auf alle zu dem freien Eigentume des Verpfänders gehörige Teile, auf Zuwachs und Zugehör des Pfandes"..

16) So besonders in den Entscheidungen vom 13. September 1881, Z. 10.287, Slg. Gl.-U. 8499; vom 20. September 1892, Z. 10.901, Slg. Gl.-U. 14.387; vom 3. November 1875, Z. 12.078, Slg. Gl.-U. 6757; und neuerdings vom 29. Oktober 1901, Z. 12.951, Amtl. Slg. 492, nach welcher letzteren Entscheidung das Pfandrecht an einem Liegenschafts-a n t e i l sich auch auf Gegenstände erstreckt, die vom Eigentümer eines anderen Anteils als Zubehör der Liegenschaft gewidmet wurden.

schätzen ist (§ 140 E. O., näher ausgeführt in der „Instruktion für die Vollstreckungsorgane", Abschn. II, P. 13 und 14, und in der „Realschätzungsordnung" vom 25. Juli 1897, R. G. Bl. Nr. 175, § 22).

Da nun die Vorschriften über das Verfahren bei Exekutionshandlungen durch Vereinbarungen der Parteien nicht abgeändert werden können, demnach zwingender Natur sind, kann auch nicht giltig vereinbart werden, daß das Zubehör einer verpfändeten Liegenschaft vom Pfandnexus frei bleiben solle.

Ebensowenig kann das Zubehör einem unvollständig entwickelten Pfandrechte an der Liegenschaft, einem „Befriedigungsrechte", entzogen werden. Abermals eine Übereinstimmung, die sich aus dem Pfandrechtscharakter der „Befriedigungsrechte" erklärt![17])

Der oberste Gerichtshof hat in einer äußerst interessanten Entscheidung, welche mittlerweile[18]) veröffentlicht wurde[19]) und in vollständigem Einklange mit der eben entwickelten Anschauung steht, die Konsequenzen aus diesen Rechtssätzen gezogen.

Der Fall lag so, daß ein in Zwangsverwaltung stehendes Gut an einen Pächter, der den fundus instructus selbst beistellte, mit Genehmigung des Exekutionsgerichtes zwangsweise verpachtet wurde. Das bisherige Wirtschaftsinventar wurde nun als entbehrlich über Anordnung des Exekutionsgerichtes vom Zwangsverwalter veräußert. Sofort nach dieser An-

---

[17]) Siehe das Kapitel der vorliegenden Arbeit über „Das sogenannte Befriedigungsrecht als unvollständig entwickeltes Pfandrecht".

[18]) Nach Drucklegung der Ausführung über „Befriedigungsrecht" in der Wiener „Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart", XXX. Band (1903).

[19]) Amtl. Slg. Nr. 518, in der Beilage zum Verordnungsblatt des Justizministeriums vom 31. März 1903, XIX. Jahrgang, Stück VI. Entscheidung vom 27. Dezember 1901, Zahl 17.598.

ordnung aber hatten einige Gläubiger des Verpflichteten die Inventarstücke als „bewegliche körperliche Sachen" nach § 249 E. O. pfänden lassen. Es fragte sich nun, ob der Erlös für das verkaufte Wirtschaftsinventar den Liegenschaftspfandgläubigern (den aus der Zwangsverwaltung Berechtigten) oder den Mobilarpfandgläubigern zu gute kommen sollte.

Der Erlös wurde in letzter Instanz den Zwangsverwaltungsgläubigern (Liegenschaftspfandgläubigern) zugewiesen. Die Überschrift der Entscheidung des obersten Gerichtshofes besagt: „Der Erlös für das infolge Verpachtung einer zwangsweise verwalteten Liegenschaft entbehrlich gewordene und deshalb verkaufte Wirtschaftsinventar dieser Liegenschaft ist als Verwaltungserträgnis zu behandeln und zu verwenden". Viel deutlicher aber sprechen die Gründe dieser Entscheidung, die ausdrücklich anerkennen, daß der Erlös aus dem Wirtschaftsinventar „nicht unter den juristisch-technischen Begriff eines Erträgnisses im strengen Sinne des Wortes fällt", aber „gleichwohl ein aus dem verwalteten Gute durch den geänderten Wirtschaftsbetrieb sich ergebender Vorteil" ist. Ferner wird ausgeführt, daß auch „bei einer . . . Erneuerung von aus den Verwaltungserträgnissen angeschafften Inventarsgegenständen" die durch den Verkauf der außer Gebrauch gesetzten Gegenstände „erzielten Beträge zu den Verwaltungserträgnissen . . . gezählt werden müßten". Der springende Punkt aber bezüglich des Erlöses liegt in dem Satze: „Nach § 103 E. O. ist aber hierauf eine andere Exekutionsführung als durch Zwangsverwaltung ausgeschlossen und ist daher auch durch die gesetzlich gerechtfertigte erstrichterliche Entscheidung über den gegenständlichen Kaufpreis des veräußerten Wirtschaftsinventars (welcher mit dieser Entscheidung den aus der Zwangsverwaltung — als Liegenschaftspfandgläubiger — Berechtigten zugewiesen wurde) den Rechten jener Gläubiger des Verpflichteten kein Abbruch geschehen, welche ihr Befriedigungsrecht auf das abgesondert

an diesem Inventare erwirkte Pfandrecht stützen, weil letzteres nach der eben bezogenen Gesetzesstelle rechtsunwirksam ist." Mit anderen Worten: Das Zubehör wird von dem vollständig oder unvollständig entwickelten Pfandrechte an einer Liegenschaft mitergriffen. Ein Pfandrecht an dem Zubehör allein — nicht an der Liegenschaft — gibt es nicht, ein solches Pfandrecht ist „rechtsunwirksam". Das Zubehör steht in dieser Beziehung den vom Pfandnexus an der Liegenschaft ergriffenen Früchten gleich (davon soll unten die Rede sein).

Was ist Zubehör einer Liegenschaft? Das ist in den §§ 294 bis 297 a. b. G. B. gesagt: Alles, was mit der Liegenschaft in fortdauernde Verbindung gesetzt wird, und zwar:

α) in physische Verbindung (Zuwachs, Akzession);

β) in wirtschaftliche Verbindung.

Zubehör sind nämlich auch jene physisch selbständigen Gegenstände (Pertinenzen) „die [das Gesetz oder] [20]) der Eigentümer zum fortdauernden Gebrauche der Hauptsache bestimmt hat". Alle diese Dinge stehen als Zubehör in demselben Pfandnexus wie die „Hauptsache".[21]) Speziell der gesamte fundus instructus einer Liegenschaft ist Zubehör derselben,

---

[20]) Die eingeklammerten Worte [. . . . .] stehen im Gesetzestext; aber die Theorie verlangt stets Widmung der Pertinenz zum Gebrauche der Hauptsache durch den Eigentümer (vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 94).

[21]) Dasselbe gilt nach Art. 534 des Code civil, kraft des Satzes: „Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination". — „Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure." — Anders war es nach dem Rechte des sächsischen Gesetzbuchs (§§ 66, 69, 70 mit 410—412; vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, § 95, Anm. 17.). Nach diesem wird nur das in fester Verbindung mit der Hauptsache stehende Zubehör von der Hypothek ergriffen.

wie in den §§ 296 und 297 a. b. G. B. ausgeführt wird. Nach dem Wortlaute des allg. bürgerlichen Gesetzbuches werden die einzelnen Stücke des fundus instructus „insofern für unbewegliche Sachen gehalten, als sie zur Fortsetzung des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes erforderlich sind". Schon aus diesen ganz allgemein gehaltenen Begriffsbestimmungen folgt, daß Stücke, welche Zubehör einer Liegenschaft werden, in den an derselben bestehenden Pfandnexus treten; und ebenso Stücke, welche die Eigenschaft als „Zubehör" verlieren, ohne daß das Pfandrecht an ihnen (durch Zwangsverwaltung) geltend gemacht wurde, aus diesem Pfandnexus treten.

b) Welche **Früchte** einer Liegenschaft werden vom Pfandrechte an dieser Liegenschaft ergriffen?

Diese Frage wurde zwar auch schon im a. b. G. B. geregelt; die Entscheidung derselben für das heutige Recht wird aber zum Teile anders ausfallen, als sie auf Grund des bürgerlichen Gesetzbuches lauten müßte.

Zweifellos ist es, daß die noch nicht abgesonderten „Naturalfrüchte" und die noch nicht bezogenen „Zivilfrüchte" (Erträgnisse) [22]) der Liegenschaft im gleichen Pfandnexus wie die Liegenschaft selbst stehen. Dies ist bereits im § 457 a. b. G. B. statuiert; diese Früchte werden im österreichischen Rechte geradezu als Teile der Stammsache behandelt.

Wie aber verhält es sich mit jenen Naturalfrüchten, die wohl schon abgesondert sind, jedoch sich noch auf der Liegen-

[22]) Z. B. Bestandzinse. Unger (System d. österr. Privatrechts I. S. 469, Note 39, S. 465, Note 24) und Krainz (System d. österr. Privatrechtes I. Aufl., 1885, II. Bd. Ausführungen S. 125, § 270) wollten seinerzeit, vor Erlassung der Exekutionsordnung, das Pfandrecht sich nicht auf die Zivilfrüchte erstrecken lassen. Durch die Exekutionsordnung ist dieser Ansicht der Boden entzogen. In die von Ehrenzweig besorgte dritte Auflage des Krainzschen „Systems" ist sie nicht übernommen worden. Literatur und Entscheidungen zu dieser Frage sind dortselbst angegeben (Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, I. Bd., S. 774, Anm. 8).

schaft befinden? Diese sind selbständige bewegliche Sachen. Nach dem Rechte des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches erstreckte sich auf sie demzufolge das an der Liegenschaft bestehende Pfandrecht nicht. Nach dem nunmehr geltenden Rechte der Exekutionsordnung müssen wir aber allerdings annehmen, daß auch die abgesonderten auf der Liegenschaft noch befindlichen Früchte dem Pfandrechte eines Gläubigers an dieser Liegenschaft verfangen sind.

Das Pfandrecht an einem Grundbuchskörper erstreckt sich auf die Früchte desselben, welche — als Naturalfrüchte — von der Liegenschaft noch nicht entfernt und nicht veräußert oder welche — als Zivilfrüchte — noch nicht bezogen sind.

Bei uns stehen faktisch folgende Sätze in Geltung, deren Wortlaut den §§ 1120 bis 1122 des „Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" entnommen ist: „Die Hypothek erstreckt sich auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie nicht mit der Trennung . . . in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers [28]) des Grundstückes gelangt sind . . ." (§ 1120).

„Erzeugnisse und sonstige Bestandteile des Grundstücks sowie Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstücke entfernt werden, bevor sie zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen sind . . ." (§ 1121).

„Sind die Erzeugnisse oder Bestandteile innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft von dem Grundstücke getrennt worden, so erlischt ihre Haftung auch ohne Veräußerung, wenn sie vor der Beschlagnahme von dem Grundstücke entfernt werden, es sei denn, daß die Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt . . ." (§ 1122).

---

[28]) Wir würden im Sinne der österreichischen Rechtssprache dafür einschalten: „des bücherlichen Besitzers".

Die weitergehenden Zusätze des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zu diesen Normen gelten allerdings in Österreich nicht. Die „Beschlagnahme" erfolgt, wie unten gezeigt werden wird, hierzulande durch den Zwangsverwalter.

Aus welchen Gesetzesstellen ergibt sich diese Veränderung des Rechtszustandes gegenüber der Norm des a. b. G. B.? Zunächst nur aus den §§ 119 und 103 E. O., die von der Zwangsverwaltung handeln.[24]) Nach § 119 E. O. sind die dem Verpflichteten gebührenden Erträgnisse einer verwalteten Liegenschaft zur Berichtigung der Verwaltungsauslagen sowie zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers und der sonst Berechtigten zu verwenden, und gehören zu diesen Erträgnissen . . . „die nach Übergabe der Liegenschaft an den Verwalter gewonnenen Früchte, wie die zur Zeit dieser Übergabe schon abgesonderten und auf der Liegenschaft befindlichen Früchte".

Es macht selbstverständlich hiebei keinen Unterschied, ob die Zwangsverwaltung behufs Realisierung eines vollständig entwickelten Pfandrechts oder eines unvollständig entwickelten Pfandrechts („Befriedigungsrechts") eingeleitet ist.

Gemäß § 103 E. O. kann nach bücherlicher Anmerkung der Zwangsverwaltung auf die Erträgnisse der Liegenschaft nur im Wege der Zwangsverwaltung Exekution geführt werden.

Wie aber steht es in dem Falle, wenn ein Pfandrecht (oder „Befriedigungsrecht") durch Zwangsversteigerung realisiert werden soll?

Das Zwangsversteigerungsverfahren als solches gewährt dem Gläubiger keine Möglichkeit, die Früchte der Liegen-

---

[24]) Daß durch § 119 E. O. eine Ausdehnung des Pfandrechts über den im § 457 a. b. G. B. bestimmten Umfang hinaus erfolgt, haben bereits erkannt: Tilsch, „Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht", II. Aufl., Wien 1901, S. 132, 133; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System, III. Aufl., § 270, S. 773, Anm. 5a.

schaft zur Befriedigung seiner Forderung zu verwenden. Er kann vielmehr seine Befriedigung nur aus dem Verkaufserlöse der Sache in jenem Zustande suchen, wie sie zur Zeit des Verkaufes liegt und steht: mit dem Zubehör und mit jenen Früchten, welche zur Zeit des Verkaufes auf der Liegenschaft sich befinden. Was von diesen Dingen von der Liegenschaft entfernt oder verkauft oder verschenkt wird, tritt aus dem Pfandnexus aus, wenn der Gläubiger nicht besondere Vorkehrungen trifft, die ihm vorbehalten sind.[25]) Tut er dies nicht, so hat er gleichsam die Früchte der freien Verfügung des Hypothekarschuldners anvertraut. Er verliert demgemäß, wie noch unten gezeigt werden wird, durch die Entfernung der Früchte von der Liegenschaft sein Pfandrecht an denselben.

Dieses Verhältnis ändert sich mit einem Schlage, wenn etwa über Antrag des Verpflichteten nach § 201 E. O. statt des Versteigerungsverfahrens die Zwangsverwaltung der Liegenschaft eingeleitet wird: Dann gelten vollinhaltlich die obigen Ausführungen zu § 119 E. O. Ganz ebenso sind die Bestimmungen des § 119 E. O. auch weiters anzuwenden, wenn eine Verwaltung zu Gunsten der auf das Meistbot zu weisenden Personen (§ 216, Abs. 1, E. O.) in Form einer „einstweiligen Verwaltung" nach § 158 ff. E. O. angeordnet wird. Dies kann geschehen, solange eine zur Ver-

---

[25]) Diese Vorkehrungen können, wie unten gezeigt wird, je nach der Sachlage auch der Antrag auf einstweilige Verwaltung oder jener auf Zwangsverwaltung sein. Neuestens sind die Fragen des formellen Rechtes, betreffend den „Schutz des Liegenschaftspfandgläubigers gegen Verschlechterungen der Pfandsache", von Klang in einem Artikel der Allg. österr. Ger. Ztg. (Nr. 39, 40 und 41 d. Jhrg. 1903) erörtert worden. Doch passen auf unseren Fall nur wenige Bemerkungen (S. 325 und 326), hauptsächlich über das Recht des Gläubigers auf Klage (kaum praktisch) und auf einstweilige Verfügungen, speziell die einstweilige Verwaltung.

steigerung gelangte Liegenschaft dem Ersteher noch nicht übergeben ist (§ 158 E. O.).[26])

Da es nun in allen diesen Fällen klar ist, daß das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers seine Natur nicht geändert hat, kann man aus § 119 E. O. den Grundsatz ableiten: Das Pfandrecht an der Liegenschaft erstreckt sich stets auf die abgesonderten, jedoch jeweils noch auf der Liegenschaft befindlichen Naturalfrüchte.

Durch die Entfernung der Früchte von der Liegenschaft und ebenso durch ihre Veräußerung [27]) hören die Früchte auf, Bestandteile des Grundbuchskörpers zu sein. Sie treten aus jener universitas, aus jenem Kreise von Dingen, auf welche sich das Pfandrecht erstreckt, aus. Sie werden daher vom Pfandnexus, der sich auf den Grundbuchskörper bezieht, frei. Da sie selbständige bewegliche Sachen sind, kann fürderhin nach österreichischem Rechte ein vertragsmäßiges Pfandrecht an ihnen nur durch gleichzeitige Besitzübertragung, ein gerichtliches durch pfandweise Beschreibung erworben werden.

Will der Pfandgläubiger diese Konsequenzen der Entfernung oder Veräußerung verhindern, so kann er dies, wenn die Liegenschaft schon zur Versteigerung gelangte,[28]) durch den Antrag auf einstweilige Verwaltung. Sonst steht es ihm ja frei, wenn nicht stärkere Rechte dritter Personen an den

---

[26]) Die gerichtlich erlegten Erträgnisse einer einstweiligen Verwaltung fallen speziell im Falle des § 159, Z. 4 E. O. in die Verteilungsmasse: wenn der Zuschlag rechtskräftig aufgehoben wird, oder wenn er infolge der Bewilligung der Wiederversteigerung oder der gerichtlichen Annahme eines Überbotes seine Wirksamkeit verliert.

[27]) Wozu nach österreichischem Rechte „Übergabe“ (mindestens symbolische Tradition) erforderlich ist.

[28]) § 158 E. O. Vgl. oben Anm. 25 und den dazugehörigen Text. Besonders wichtig ist dieser Antrag in der Praxis bei Aufhebung des Zuschlages und bei Wiederversteigerung.

Früchten bestehen[29]) und seine Forderung vollstreckbar ist, neben der Zwangsversteigerung auch die Zwangsverwaltung der Liegenschaft zu beantragen. Unterläßt er dies, so muß er die Folge auf sich nehmen, daß mittlerweile Früchte und eventuell auch Zubehör der Liegenschaft seinem Pfandrechte entzogen werden. Man kann in der Befreiung abgesonderter Naturalfrüchte vom Pfandnexus an der Liegenschaft durch Entfernung oder Veräußerung eine Anwendung des deutschrechtlichen Grundsatzes „Hand muß Hand wahren" erblicken, die über jene in den §§ 367 und 456 a. b. G. B. noch hinausgeht: denn auch wer ohne Entgelt (z. B. als Geschenk vom Pfandschuldner) abgesonderte Naturalfrüchte erhält, erwirbt dieselben pfandfrei.

Die Rechtsregel „Hand muß Hand wahren" bewirkt weiterhin eine wichtige Einschränkung und Modifikation des Prinzips, daß sich das Pfandrecht an der Liegenschaft auf die abgesonderten noch auf der Liegenschaft befindlichen Naturalfrüchte erstreckt. Diese letzteren sind selbständige bewegliche Sachen; diese ihre Eigenschaft wurde durch die neuere Gesetzgebung nicht tangiert; es finden daher die §§ 367 und 456 a. b. G. B. Anwendung, deren Tendenz sich im § 119 Abs. 3 E. O. widerspiegelt.

Nach § 119 Alinea 3 E. O. gehört zu den Verwaltungserträgnissen der Liegenschaft nur der Überschuß des Erlöses der abgesonderten, als solche gepfändeten Früchte über die Pfandforderung samt Nebengebühren. Vorausgesetzt ist, daß diese Früchte vor Übergabe der Liegenschaft an den Verwalter gepfändet wurden. Da ein Vertragspfandrecht an beweglichen Sachen durch Tradition nur als Faustpfandrecht erworben werden kann, braucht der Fall eines nicht richterlichen Pfandrechtes in der Exekutions-

[29]) Insbesondere ein dem Pfandgläubiger vorgehendes Fruchtgenußrecht an der Liegenschaft (darüber oben, 1. Kapitel des Hauptabschnittes „Grundlagen des Hypothekenrechts", S. 29.

ordnung nicht besonders erwähnt zu werden. Wohl aber ist noch hinzugefügt (§ 119, Alinea 3 Schlußsatz), daß dasselbe, was für die Naturalfrüchte festgesetzt ist, auch in Ansehung der bei der Übergabe an den Verwalter bereits fälligen Einkünfte gilt, die noch nicht eingehoben, aber schon gepfändet waren.

Ohne den Rechtssatz „Hand muß Hand wahren" würde das ältere Pfandrecht an den abgesonderten Früchten stets dem jüngeren vorgehen. Es wäre gleichgültig, ob dieses ältere Pfandrecht an dem ganzen Grundbuchskörper, zu dessen Bestandteilen ja die abgesonderten auf der Liegenschaft befindlichen Früchte nunmehr gezählt werden müssen,[30]) oder nur an diesen abgesonderten Früchten als beweglichen Sachen erworben worden ist. Allein diese abgesonderten Früchte sind bis zur Einführung eines Zwangsverwalters vom Pfandgläubiger dem Eigentümer der Liegenschaft „anvertraut". Wenn er sie verpfändet, so erwirbt der „redliche" Pfandnehmer sein Recht an diesen Früchten ohne Rücksicht auf das Recht des früheren Pfandgläubigers, wie der redliche Pfandnehmer im Falle des § 456 a. b. G. B. sein Recht sogar ohne Rücksicht auf das Recht des wahren Eigentümers erwirbt. Da nun die Redlichkeit des Pfandnehmers präsumiert wird und die unentgeltliche Einräumung des Pfandrechtes verhältnismäßig selten vorkommt, erscheint § 119 Alinea 3 E. O. als eine dankenswerte präzisere Fassung des besprochenen Rechtsgedankens, welcher schon im bürgerlichen Rechte wurzelt.

Entgegen der von Tilsch[31]) vertretenen Meinung, daß sich das Pfandrecht in unserem Falle nur auf den „Über-

---

[30]) Zu beachten ist der Unterschied: Diese abgesonderten Früchte sind wohl stets Bestandteile des Grundbuchskörpers; aber, wenn sie nicht zur Fortsetzung des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes erforderlich sind, nicht Bestandteile der Liegenschaft als einer unbeweglichen Sache.

[31]) „Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht", S. 133.

schuß des Erlöses" erstrecke, gelangen wir demnach zu dem Satze: Das Pfandrecht an der Liegenschaft erstreckt sich auf die abgesonderten noch auf der Liegenschaft befindlichen Früchte auch dann, wenn diese Früchte vor Einführung des Verwalters als bewegliche Sachen gepfändet waren: doch geht dann das an diesen Früchten als „beweglichen Sachen" erworbene Pfandrecht dem an der Liegenschaft bestehenden Pfandrechte vor.

Geradezu überzeugend spricht für unsere Ansicht die Befugnis, beziehungsweise Pflicht des Verwalters, die abgesonderten Früchte zu veräußern, falls der Gläubiger nicht selbst Exekution auf dieselben als bewegliche Sachen führt. Diese Befugnis ist dem Verwalter eben in § 119 E. O. erteilt. Es läßt sich nicht gegen unsere Ansicht etwa geltend machen, daß dieser Verkauf aus freier Hand vorgenommen werden soll, wie eine Erläuterung des Justizministeriums zu diesem Paragraphen besagt: Denn auch gepfändete bewegliche Sachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, können aus freier Hand veräußert werden (§ 268 E. O.). Der Zwangsverwalter handelt in ersterem Falle ebenso wie das Vollstreckungsorgan in letzterem als Organ des Exekutionsgerichtes im Interesse des Pfandgläubigers. Selbstverständlich aber realisiert der Zwangsverwalter hiebei zunächst das Hypothekenrecht, nicht das an den Früchten als Fahrnissen erworbene Pfandrecht.

Fassen wir nunmehr das Ergebnis dieses Unterabschnittes zusammen:

Das Pfandrecht an einer Liegenschaft ist ein Pfandrecht an einem Komplex von Sachen und Rechten, ein Pfandrecht an einer universitas rerum. Zu dieser universitas gehören die mit der Liegenschaft verbundenen (im Grundbuche eingetragenen oder auch nicht eingetragenen) Rechte, das Zubehör und die auf der Liegenschaft jeweils

befindlichen, nicht veräußerten Naturalfrüchte, dann die noch nicht bezogenen „Zivilfrüchte".

Das Pfandrecht an einem Liegenschaftsanteil ist dementsprechend das Pfandrecht an einem Anteile einer solchen universitas rerum.[32])

2. Eisenbahnen und Rechte an denselben als Objekte des Hypothekarrechts.

Jene Eisenbahnen, welche dem öffentlichen Verkehre zu dienen haben und zu deren Herstellung das Expropriationsrecht zugestanden ist, sind Gegenstand des Eisenbahnbuches (§ 1 des „Eisenbahnbuchgesetzes" vom 19. Mai 1874 Nr. 70 R. G. Bl.).[33]) Nur diesen Bahnen kommt nach österreichischem Gesetze eine besondere Stellung zu und nur von ihnen soll im folgenden die Rede sein.

Außer Betracht bleiben also z. B. solche Lokalbahnen, welche lediglich Vergnügungs-, oder private Industrie- und Bergwerksbahnen sind. Denn der Bestand solcher Bahnen wird „vom Staate nicht als so wichtig angesehen, um zur Herstellung derselben das Enteignungsrecht zuzugestehen" [34]);

---

[32]) Vgl. die oben am Anfange dieses Kapitels (Anm. 16) zitierte Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 29. Oktober 1901, Z. 12.951, Amtl. Slg. Nr. 492.

[33]) Der Begriff der „Kleinbahnen", der in der Eisenbahngesetzgebung Preußens sowie anderer reichsdeutscher Staaten eine hervorragende Rolle spielt und durch einige Reichs- und Landesgesetze über „Bahnen niederer Ordnung" in finanzieller und technischer Hinsicht auch für Österreich Bedeutung erlangt hat, kommt hiebei nicht in Betracht. Auch Kleinbahnen können in das Eisenbahnbuch eingetragen werden (Beispiel: die Salzburger Lokalbahn). Nichtjuristen geraten leicht in die Gefahr, diese Begriffe zu vermengen, wie z. B. einige Artikel der in Wien erscheinenden „Spar- und Rentenzeitung" (Nr. 245—248, 250 und 251, September bis November 1903, über die Innsbrucker Sparkasse) beweisen.

[34]) Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage, vgl. Wittek, „Das österreichische Gesetz betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern 2c." (Wien 1874, S. 30).

und selbst jene Bergwerksbahnen, bei deren Anlegung das Expropriationsrecht zur Anwendung kommt, dienen nicht dem öffentlichen Verkehre. Man wollte aber, wie aus den Motiven zur Regierungsvorlage des Eisenbahnbüchergesetzes sich klar ergibt,[35]) daß nur diejenigen Bahnen in das Eisenbahnbuch eingetragen werden, bei denen die beiden Merkmale des öffentlichen Interesses und des öffentlichen Verkehrs zutreffen. Über die Unterscheidung dieser Bahnen von solchen, welche nicht „im Sinne des Gesetzes in das Eisenbahnbuch gehören", enthält das Nähere die mit der Zirkularverordnung des Handelsministeriums vom 5. August 1874, Z. 13.114, bekanntgegebene „Erläuterung für die Regierungskommissäre" (abgedruckt in der anmerkungsweise zitierten Schrift Wittels und in der Manzschen Gesetzesausgabe). Insbesondere gilt von dem Pfandrechte an Grundstücken, welche zu solchen privaten oder nicht des Enteignungsrechtes teilhaften Bahnen verwendet werden, dasselbe wie vom Pfandrechte an anderen Liegenschaften.

Das Pfandrecht an Eisenbahngrundstücken (im juristisch-technischen Sinne) kann nur als Hypothekarrecht an der ganzen als eine bücherliche Einheit behandelten Bahn erworben werden. Dies geht aus § 6 (Abs. 1) des Gesetzes vom 19. Mai 1874 betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern klar hervor.[36])

---

[35]) Wittek a. a. O., S. 30 und 31.

[36]) Andere dingliche Rechte können im Gegensatze hiezu auch an Teilen einer Bahn begründet werden (§ 6, Abs. 2 und 3 cit. Ges.). — Ebenso wie in Österreich kann auch in Preußen nur die „Bahneinheit" als Pfandobjekt angesehen werden (Gesetz vom 11. Juni 1902, mit welchem das Gesetz vom 19. August 1895 über das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben abgeändert wird. Das abgeänderte Gesetz wurde als „Gesetz über die Bahneinheiten" kundgemacht und im „Österreichischen wirtschaftspolitischen Archiv" III. Jahrgang 1903, Nr. 1, S. 27 abgedruckt).

Unserer Meinung nach muß man aber unterscheiden, ob der Gegenstand dieses Pfandrechts eine Bahn ist, in deren Eigentumsblatt die Firma einer Privatunternehmung eingetragen ist (§ 8 cit. Ges.), oder aber eine dem Staate gehörige Bahn. Außerdem kommt das Pfandrecht an Nutzungsrechten, welche auf der ganzen Bahneinheit haften, in Betracht.

Im ersten Falle sind die der Privatunternehmung an der Bahn zustehenden Rechte Gegenstand des Pfandrechts. Über die Natur dieser Rechte herrscht seit lange Streit in der österreichischen Fachliteratur. Nach Grünhut[37]) und Exner[38]) haben die Privatunternehmungen kein Eigentumsrecht an der Eisenbahn. Derselben Meinung sind von außerösterreichischen Schriftstellern: Dernburg,[39]) der die Eisenbahnliegenschaft als res publica betrachtet und demzufolge ein Pfandrecht nur an dem „ausschließlichen Benutzungsrecht der Eisenbahngesellschaft" anerkennt[40]); ferner de Seigneux[41]), welcher den Bahngesellschaften nicht ein „véritable droit de propriété" zuspricht, sondern nur „une sorte de jouissance limitée à un certain nombre d'années, sous la haute surveillance et autorité de l'État".

Demgegenüber behauptet Tezner[42]) ein privatrechtliches Eigentumsrecht der Unternehmergesellschaft an der

---

[37]) Juristische Blätter 1872, S. 445, 446, Nr. 34: „Die staatliche Sequestration einer Eisenbahnunternehmung".

[38]) Östreichisches Hypothekenrecht, S. 22.

[39]) „Das Pfandrecht", I S. 427 (Leipzig 1860).

[40]) Ebenda S. 498 und 499.

[41]) „Du projet de convention internationale sur le transport des marchandises par chemins de fer", Paris 1878, S. 8.

[42]) „Über den Inhalt des Rechtes der Eisenbahn-Unternehmungen an den ins Eisenbahnbuch gehörigen Grundstücken" in Gellers Zentralblatt, II. Bd., Wien 1884.

Eisenbahn. Derselben Meinung scheint von auswärtigen Schriftstellern Meili[43]) zu sein.

Endlich verdient die von Haberer[44]) vertretene Theorie besonders hervorgehoben zu werden: Nach diesem Autor findet „die Vorstellung, welche sich an den Begriff des bürgerlichen Rechtes vom Eigentum (§ 362 a. b. G. B.) knüpft, ... im Eisenbahnrechte keine Begründung".[45]) „Es erhellt, daß ... in Ansehung der Substanz und des eigentlichen Eisenbahnzugehörs von einem Eigentumsrechte im zivilrechtlichen Sinne des Wortes gar nicht gesprochen werden kann, und auch bei dem übrigen Vermögen einer Eisenbahnunternehmung, welches aus dem Unternehmen stammt oder demselben dienstbar ist, ist ... das staatliche Hoheitsrecht und der staatliche Eisenbahnzweck von entscheidender Bedeutung; ... somit das Eigentumsrecht ein nach jeder Richtung unvollständiges."[46])

Nach Haberer ist demnach das „Eisenbahneigentum" der Privatunternehmungen ein jus sui generis, das er treffend mit dem Nutzungseigentum im Verhältnis zum Obereigentum des bürgerlichen Rechtes vergleicht.[47])

Nach Grünhut, Exner, Dernburg steht der Privatunternehmung an den Eisenbahngrundstücken samt deren

---

[43]) „Das Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahnen" (Leipzig 1879) S. 62. Allein Meili hält ausdrücklich die Auffassung des Rechtes der Bahngesellschaften als „une sorte de jouissance" im Sinne de Seigneux' (siehe oben) für zulässig (ebenda S. 62 weiter unten) und tritt bloß — wie wir ebenfalls — für die zweifellose Verpfändbarkeit einer Eisenbahnanstalt ein, weil sie „einen pekuniären Wertinhalt repräsentiert."

[44]) „Das österreichische Eisenbahnrecht", Wien, Hartleben, 1885.

[45]) a. a. O. S. 99.

[46]) a. a. O. S. 104.

[47]) a. a. O. S. 105.

Pertinenzen ein „Eisenbahn-Nutzungsrecht" zu.[48]) Für diese Ansicht spricht, daß die Bahnunternehmung ohne Zustimmung des Regierungskommissärs (wovon später noch die Rede sein soll) nicht den geringsten Grundteil veräußern, ja nicht einmal einen anderen Gebrauch von ihm machen darf, als einen solchen zu Zwecken des Eisenbahnbetriebes. Tezner hingegen stützt seine Ansicht, daß — gänzlich unabhängig von dem konzessionsmäßigen Benützungsrecht[49]) — der Eisenbahnunternehmung ein Privateigentum an den von ihr erworbenen, zum Eisenbahnbetriebe benützten Grundstücken zustehe, auf den Wortlaut von Eisenbahnprivilegien, Spezialgesetzen und Konzessionsurkunden[50]), sowie auf den Vorgang bei der Löschung einer Eisenbahneinlage. In letzterem Falle, der nach § 45 des Gesetzes vom 19. Mai 1874, Nr. 70 R. G. Bl., zu behandeln ist und bei der Auflassung einer Bahnstrecke aktuell werden kann, wird freilich als Eigen-

[48]) So Exner, Östreichisches Hypothekenrecht S. 14. — Noch bestimmter Grünhut in dem zitierten Artikel der „Jurist. Blätter" von 1872, S. 446: „Immer ist und bleibt die Eisenbahn ein Eigentum des Staates. In keinem Falle sind die Konzessionäre mit anderen und größeren Vermögensrechten ausgerüstet, als mit dem Rechte, auf dem betreffenden öffentlichen Wege gewisse Gebühren einzuheben." — Allerdings ist der Rechtszustand seither durch das Eisenbahnbüchergesetz von 1874 in einigen Punkten geändert worden.

[49]) „Über den Inhalt des Rechtes der Eisenbahnunternehmungen" (oben zitiert), Gellers Zentralblatt 1884, S. 517.

[50]) Nach dem früheren Privileg der Nordbahn vom 4. März 1836, Art. 4, hat die Behörde den Befehl an die Besitzer der zu enteignenden Grund- und Gebäudeteile zu erlassen, „letztere der Eisenbahnunternehmung gegen angemessene Schadloshaltung eigentümlich abzutreten." — Mit der Konzessionsurkunde vom 26. Juni 1858 wurde genehmigt, daß die galizische Eisenbahnlinie bis Krakau „samt Zugehörungen ... vom 1. Jänner 1858 ab ins Eigentum der k. k. pr. Kaiser Ferdinands-Nordbahn-Aktiengesellschaft übergehe". — Das Gesetz vom 6. April 1877, R. G. Bl. Nr. 36, handelt über den Verkauf der „auf italienischem Territorium der Südbahngesellschaft bisher eigentümlich gehörigen Eisenbahnlinien nebst Zugehör".

tümer der in das Grundbuch zu übertragenden Liegenschaft die Eisenbahnunternehmung einzutragen sein, wenn der Regierungskommissär um die Anmerkung der Auflassung der Bahn ohne Antrag auf Änderung der Eintragungen angesucht hat.[51]) Über die Natur dieser Zustimmung des Regierungskommissärs wird aber noch zu sprechen sein.

Ähnlich wie Tezner äußert sich auch Randa: „Das ausschließliche Eigentums- und Benützungsrecht der Unternehmung an den Bahngrundstücken wird auch in zahlreichen neueren Konzessionsgesetzen anerkannt, insbesondere dadurch, daß — nach Ablauf der Konzessionsdauer — der Staat in das lastenfreie Eigentum und den Genuß der Bahn, namentlich des Grund und Bodens, des Unter- und Oberbaues usw. . . . eintritt."[52])

Die Argumentation aus dem Wortlaute der Konzession wird von Dernburg in seinem oben zitierten Werke über „das Pfandrecht" ausdrücklich abgelehnt.[53])

---

[51]) In diesem Sinne besagen die Motive zu § 45 des zitierten Eisenbahnbuchgesetzes (unter anderem): „Die Übertragung der ehemaligen Eisenbahngrundstücke kann nach der Natur der Sache nur mit allen sich auf dieselben beziehenden Eintragungen, sofern nicht zugleich eine Änderung der letzteren begründet wird, vollzogen werden. Als Eigentümer der neuen Grundbuchskörper wird demnach, falls nicht die zuletzt erwähnte Voraussetzung eintritt, derjenige, welcher der letzte bücherliche Eigentümer der aufgelösten Einheit war, zu behandeln sein." Vgl. Wittek, „Das österreichische Gesetz betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern", Wien 1874, S. 75. — Bemerkungen zur Regierungsvorlage, VIII. Session des Reichsrates, 1. Bd.

[52]) Randa, „Die Enteignung", in der „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart", XI. Band, 1. Heft, S. 8, Anm. 8.

[53]) a. a. O. S. 498, 499: „Auch ist die Wortfassung der Konzession nicht als entscheidend für das Recht des Erwerbers zu erachten; findet sich etwa in derselben der Ausdruck Eigentumsübertrag, so entsteht keineswegs Eigentum für die Gesellschaft, ihr Recht ist nach der Natur der Sache kein anderes als ein dauerndes ausschließliches Benutzungsrecht."

Diesem Wirrsal der entgegengesetzten Ansichten können wir folgendes als richtig entnehmen:

Sicher ist, daß das Recht der Privatunternehmung an der Eisenbahn ein dingliches Recht mit sehr starker Wirkung ist. Ebenso sicher ist, daß hinsichtlich der Ausübung dieses Rechtes der Unternehmung weitgehende Beschränkungen auferlegt sind, und zwar durch die Konzessionsurkunde.

Die Privatunternehmung muß, um die Bahn bauen zu können, allerdings zunächst entweder das Eigentum oder doch eine Servitut an den Grundstücken erwerben, die zum Baue erforderlich sind. Dies wird nach Tezners treffenden Ausführungen kaum bestritten werden können. Durch die Widmung der Grundstücke zum Eisenbahnbetrieb und ihre Eintragung in das Eisenbahnbuch aber begibt sich die Unternehmung einer Reihe wichtiger Befugnisse, welche dem Eigentümer zustehen: Die Unternehmung darf fortan die Grundstücke nicht „nach Belieben gebrauchen", noch weniger die darauf errichteten Gebäude und Anlagen ohneweiters vertilgen. Es ist ihr lediglich der in der Konzessionsurkunde bestimmte Gebrauch zu Zwecken des Eisenbahnbetriebes gestattet.

Ferner räumt die Unternehmung dem Staate durch die Widmung eines Grundstückes zu Eisenbahnzwecken kraft Gesetzes (§ 8 des sogenannten „Eisenbahnkonzessionsgesetzes", d. i. der Gesetzeskraft besitzenden Verordnung des Ministeriums für Handel, Gewerbe und öffentliche Bauten vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238) das sogenannte „Heimfallsrecht"[54]) ein: d. h. das Eigentum geht ipso jure „nach

[54]) Mit dem „Heimfallsrechte" des Staates auf erblosen Nachlaß hat dieses Recht absolut nichts zu tun; vgl. meine Abhandlung in der „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart": „Erbloser Nachlaß und Grenzen des Verwandtenerbrechts" XXVIII. Bd., erstes Heft: Allgemeiner Teil, drittes Kapitel der Abhandlung, bei Anm. 16 [S. 170 (S. 10 des Separatabdruckes)].

Ablauf der Dauer des Privilegiums ohne Entgelt und unmittelbar an den Staat über"; die Zeit, für welche ein Privilegium erteilt wird, beträgt höchstens neunzig Jahre (§ 7 Eisenbahnkonzessionsgesetz).

Wenn wir also von einem „Eigentumsrechte" der Privatunternehmung an den zum Eisenbahnbetriebe gewidmeten Liegenschaften sprechen wollen, so dürfen wir nicht die Vorstellung eines unbeschränkten Privateigentums mit dieser Ausdrucksweise verbinden, sondern nur die eines der Zeit und der Ausübung nach sehr beschränkten Eigentums. Wichtige Merkmale und Eigenschaften, welche im Privatrechte sonst als wesentlich für den Eigentumsbegriff erachtet werden,[55]) fehlen dem „Eigentumsrechte" der Privatbahnunternehmungen an der Eisenbahn.

Der springende Punkt aber, der über die Natur des letzteren Rechtes entscheidet, ist unseres Erachtens nach der von Krainz-Pfaff-Ehrenzweig[56]) gegebenen Definition der privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen zu bestimmen: „Das Wesen einer Eigentumsbeschränkung besteht nicht in der Herausnahme einzelner Befugnisse aus dem Eigentumsinhalt — da wäre der Rest kein Eigentumsrecht mehr — sondern in der Beschränkung seiner Ausübung."

Wenn man nun mit § 354 a. b. G. B. als Inhalt des Eigentumsrechtes die Befugnis ansieht, „mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden andern davon auszuschließen", so finden wir, daß ein Recht der Eisenbahnunternehmung, mit der Substanz eines dem Bahnbetriebe gewidmeten Grundstückes nach Willkür zu schalten, vom Augenblicke dieser Widmung an nicht besteht.

---

[55]) § 362 a. b. G. B. Die bei Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, „System", I. Bd. (3. Aufl.), Seite 535, Anm. 2 angeführten Autoren.

[56]) „System", I. Bd. (3. Aufl.) S. 536.

Es ist nicht etwa nur die Ausübung des Rechtes beschränkt. Wäre dies der Fall, so könnte die Privatunternehmung ohne weitere Rechtsfolgen sich für die zeitweilige Nichtausübung ihrer Rechte an Stelle der beschränkten Ausübung entscheiden. Ein solches Wahlrecht ist aber der Eisenbahnunternehmung nicht gegeben. Es liegt nicht in ihrer Hand, den Betrieb einzustellen und von Fall zu Fall nach Belieben wieder aufzunehmen. Vielmehr kann in solchem Falle die Sequestration nach § 12 des Eisenbahnkonzessionsgesetzes verhängt werden: Das Recht der Eisenbahnunternehmung wird dann auf ihre Rechnung und Gefahr durch den Sequester (dessen Stelle auch die Staatsverwaltung einnehmen kann) ausgeübt. Die Vermögensrechte der Unternehmergesellschaft auf die eventuellen Ertragsüberschüsse bleiben dabei unberührt.[57]) Das Recht der Eisenbahnunternehmung an der Substanz der Eisenbahn hat somit nur die Benützung der Substanz unter den in der Konzession enthaltenen Beschränkungen zum Inhalte. Diesem Rechte entspricht ferner eine Pflicht, die Benützung — und zwar in der vorher bestimmten Art — stets und unter allen Umständen auszuüben.

Mit dem Begriffe des Privateigentums als der „Herrschaft über eine Sache", der „Befugnis, mit der Substanz nach Willkür zu schalten", scheint diese doppelte Einschränkung nicht vereinbar zu sein. Das Recht der Eisenbahngesellschaften ist also kein Privateigentum, das bloß der Ausübung nach beschränkt ist. Es fehlen demselben vielmehr einige Befugnisse aus dem Eigentumsinhalt.

Vom romanistischen Standpunkte aus wird das „Eisenbahneigentum" der Privatunternehmungen daher noch heute — trotz der geänderten Gesetzgebung — als ein Nutzungs-

[57]) Vgl. Grünhut in dem oben zitierten Artikel „Die staatliche Sequestration einer Eisenbahnunternehmung"; insbesondere auch das dort zitierte Dekret der französischen Regierung vom 4. April 1846 (siehe unten).

recht erscheinen (im Sinne Grünhuts, Exners, Dernburgs). Vom deutschrechtlichen Standpunkte aus, der im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, wenn auch unbewußt, rezipiert wurde, möchten wir die Konstruktion Haberers bevorzugen. Denn am genauesten wird das besprochene Rechtsverhältnis umschrieben durch den Satz des § 357 a. b. G. B.: „Kommt ... einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache, dem andern dagegen nebst einem Rechte auf die Substanz das ausschließende Recht auf derselben Nutzungen zu, dann ist das Eigentumsrecht geteilt und für beide unvollständig. Jener wird Obereigentümer, dieser Nutzungseigentümer genannt."

Beiläufig sei bemerkt, daß gegen diese Konstruktion keine Einwendung aus dem Artikel 7 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger[58]) abgeleitet werden kann. Nach dem Wortlaute dieses Gesetzartikels ist „jede aus dem Titel des geteilten Eigentums auf Liegenschaften haftende Schuldigkeit oder Leistung ablösbar, und es darf in Zukunft keine Liegenschaft mit einer derartigen unablösbaren Leistung belastet werden". Ausgeschlossen ist also nur die Unablösbarkeit der aus dem Titel des geteilten Eigentums an Eisenbahngrundstücken herrührenden Schuldigkeiten. (Eine ratio legis für diese Folgerung aus dem Staatsgrundgesetze ist allerdings nicht vorhanden, doch wird man mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes dieser Konsequenz sich nicht entziehen können.) Nun werden aber tatsächlich sowohl die Rechte des Nutzungseigentümers als jene des Obereigentümers an Eisenbahngrundstücken als ablösbar behandelt: Erstere, wenn der Staat die Bahn einlöst; außerdem erlöschen sie bei Eintritt des Heimfalles. Letztere Rechte, die Rechte des Staates als Obereigentümers, werden bei Auflassung einer Bahnlinie als ablösbar zu behandeln sein. Wenn der Regierungs-

---

[58]) Vom 21. Dezember 1867, R. G. Bl. Nr. 142.

kommissär das Ansuchen stellen soll, auf Grund dessen die bisher im Eisenbahnbuche eingetragenen Liegenschaften nunmehr ins Grundbuch aufgenommen werden sollen, wird die Staatsverwaltung für die darin gelegene Ablösung der staatlichen Rechte auch Gegenleistungen verlangen können.

Im Falle der vorbehaltlosen Zustimmung der Staatsbehörden zur Auflassung einer Eisenbahnstrecke darf die Unternehmung die bezüglichen Grundstücke als „ihr eigentümlich" in die Grundbücher übertragen lassen, beziehungsweise verkaufen. Diese vorbehaltlose Zustimmung involviert nach dem Gesagten auch einen Verzicht auf Vermögensrechte des Staates; als Vermögensrecht stellt sich insbesondere das „Heimfallsrecht" dar. Das Organ, welches hiebei das Interesse des Fiskus wahrzunehmen hat — ebenso aber, wie später ausgeführt werden soll, auch die Interessen der Gläubiger — ist der Regierungskommissär.

Sonach beweist auch der Vorgang bei der Auflassung einer Eisenbahnstrecke nicht, daß den Privatunternehmungen ein Eigentumsrecht an den Bahngrundstücken im privatrechtlichen Sinne zusteht.

Das Recht der Eisenbahnunternehmungen (das sind in der Regel Aktiengesellschaften) an den zum Betriebe dienenden Grundstücken erscheint vielmehr als ein dem Nutzungseigentum des österreichischen a. b. G. B. analoges Recht: es ist ein jus sui generis, das aber ebenso wie das Nutzungseigentum „nebst einem Rechte auf die Substanz das ausschließende Recht auf derselben Nutzungen" zum Inhalte hat. Wir können es „Eisenbahneigentum" nennen. Dem Staate steht ein dem Obereigentume analoges Recht am Bahnkörper zu.

Im Eigentumsblatte des Eisenbahnbuches wird dementsprechend nicht „das Eigentumsrecht" einer Eisenbahngesellschaft eingetragen, sondern: „Firma und Sitz der Unternehmung und die derselben auf die ganze bücherliche Einheit

zustehenden Rechte sowie die Beschränkungen dieser Rechte, zu welchen insbesondere ein Einlösungs- oder Heimfallsrecht des Staates zu rechnen ist" (§ 8 Abs. 3 des Eisenbahnbuchgesetzes vom Jahre 1874).

Aus diesen Rechtsverhältnissen ist gegenwärtig in Österreich keine im Privatbesitze befindliche Bahn ausgeschaltet. Während noch zur Zeit, als die oben zitierte Abhandlung Tezners erschien, der Wortlaut der alten Privilegien der Nordbahn begründete Zweifel erregen mochte, haben diese Sondergesetze nunmehr ihre Geltung — insbesondere bezüglich der Eigentumsfrage — verloren. Grundlagen der ursprünglichen Eintragung der Firma „ausschließend priv. Kaiser Ferdinands-Nordbahn" im Eisenbahnbuche waren: die Privilegiumsurkunde ddo. Wien, 4. März 1836; die Erlässe der k. k. österreichischen Landesregierung vom 12. April 1840, Z. 21.013, der k. k. niederösterreichischen Landesregierung vom 7. Juni 1845, Z. 34.451, der k. k. vereinigten Hofkanzlei vom 18. Juli 1847, Z. 9255; die Konzessionsurkunde vom 26. Juni 1858. An Stelle aller dieser Urkunden und Erlässe ist gegenwärtig die Konzessionsurkunde vom 1. Jänner 1886, R. G. Bl. Nr. 7, getreten. Die Eintragung im Eisenbahnbuche de praes. 22. Jänner 1886 — die frühere ist gelöscht — beruht nur auf dieser Konzessionsurkunde und dem Übereinkommen ddo. 10. Jänner und 17. Juli 1885. Die Konzessionsurkunde enthält aber ebensolche Beschränkungen (besonders hinsichtlich des staatlichen Heimfalls- und Einlösungsrechtes) wie die übrigen Eisenbahnkonzessionen.

Immerhin wird in der Praxis der Gegensatz zwischen den von Grünhut-Exner und von Tezner vertretenen Auffassungen nicht als ein so unüberwindlicher sich darstellen wie in der Theorie. Haberers Meinung scheint jeder der anderen Doktrinen so nahe zu kommen, daß sich die Anhänger dieser mit ihr in der Praxis wohl befreunden können.

Eine kleine Reminiszenz an die deutsche Rechtsgeschichte wird diese Behauptung begreiflich machen: Das Nutzungsrecht des Vasallen nach Lehnrecht, jenes der Erbleihe nach Hofrecht und ähnlicher deutschrechtlicher „Leiheverhältnisse" kommt dem Eigentumsrechte gewiß manchmal sehr nahe. Trotzdem müßten diese Berechtigungen nach römischem Rechte der superficies oder emphyteusis, aber nicht dem Eigentumsrechte, gleichgestellt werden.

Die deutsche Rechtsgeschichte liefert ferner Beispiele für die Erscheinung, daß ein Eigentümer seines Rechtes an einem Grundstücke sich begibt oder begeben muß, ein Nutzungsrecht an demselben Grundstücke aber kraft eines der genannten „Leiheverhältnisse" erwirbt.

Somit ist auch das juristische Schicksal der Eisenbahngrundstücke nicht etwas Neues unter der Sonne: Das Eisenbahngrundstück scheidet aus dem Privateigentum der Unternehmung, die es ursprünglich erwarb, aus. Die Unternehmung erhält hiefür eine Reihe von Privilegien und hat nunmehr an jenem Grundstücke „Eisenbahneigentum".

Hieraus ergeben sich folgende Konsequenzen für das Recht der Pfandgläubiger, insbesondere der Prioritäre,[59]) an Privatbahnen:

a) Verpfändet ist das „Eisenbahneigentum", welches längstens mit Ablauf der Konzessionsdauer erlischt. Folglich erlischt in dem gleichen Zeitpunkte auch das Pfandrecht an den Eisenbahngrundstücken für Forderungen gegen die Eisenbahngesellschaft. Es ist hiebei wichtig, zwischen den zum Betriebe der Bahn verwendeten, im Eisenbahnbuche eingetragenen Eisenbahngrundstücken und sonstigen der Gesellschaft gehörenden Grundstücken genau zu unterscheiden.

---

[59]) Über Prioritätsobligationen wird noch in diesem Kapitel (weiter unten) und sohin noch mehrfach zu sprechen sein.

b) Die Realisierung des Pfandrechts an dem „Eisenbahneigentum" kann, soweit nicht verwaltungsrechtliche Normen entgegenstehen, durch zwangsweise Veräußerung dieses Rechtes, Zwangsverwaltung oder zwangsweise Verpachtung desselben erfolgen. Eine Realisierung durch Versteigerung oder sonstige Veräußerung der Bahngrundstücke — sei es auch des gesamten Bahnkörpers — ist auch nach privatrechtlichen Grundsätzen undenkbar.

Jedenfalls kann eine Exekution gegen eine Bahnunternehmung nur insoweit stattfinden, als die zustimmende Erklärung der staatlichen Verwaltungsbehörden nach § 15 E. O. vorliegt.

Unter dieser Voraussetzung ist gemäß § 47 des Eisenbahnbuchgesetzes eine exekutive Veräußerung des Eisenbahneigentums an Inhaber einer bezüglichen staatlichen Konzession auch außer dem Falle des Konkurses zulässig. Dadurch unterscheidet sich das österreichische Eisenbahnrecht z. B. von dem schweizerisch-eidgenössischen Gesetze vom 24. Juni 1874 über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen.[60]) Das preußische Recht hingegen hat sich in diesem Punkte vollkommen die Auffassung des älteren österreichischen Gesetzes zu eigen gemacht.[61])

Die Exekution auf das Eisenbahneigentum ist auch solchen Normen unterworfen, die das „Pfandrecht an Immaterialrechten" betreffen.

Es ergeben sich insbesondere bei der Veräußerung Analogien mit der zwangsweisen Veräußerung von Konzessionen und Gewerben. Bekanntlich gehört die Frage der

---

[60]) Vgl. Meili, „Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahnen", S. 55.

[61]) Vgl. das am Anfange dieses Abschnittes zitierte Gesetz über die Bahneinheiten; die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung der Bahnen ist selbständig neben der Zwangsliquidation geregelt.

Pfändbarkeit und Veräußerlichkeit von Konzessionen, z. B. Gasthauskonzessionen, zu den Streitfragen der Jurisprudenz des täglichen Lebens. Festzuhalten ist, daß das Eisenbahneigentum ein dingliches Recht ist — nur ist der Rechtsbesitz an demselben stets mit einer Konzession verbunden. Demgemäß finden auch die Vorschriften des Hypothekenrechtes Anwendung.

Ein ähnliches Verhältnis begegnet uns bei der Zwangsverwaltung und zwangsweisen Verpachtung des Eisenbahneigentums. Die „besonderen Bestimmungen" der Exekutionsordnung über Zwangsvollstreckung in gewerbliche Unternehmungen usw. (§§ 341 bis 344) sind fast durchwegs anzuwenden. Die Zwangsverwaltung und die zwangsweise Verpachtung kann übrigens auch bezüglich solcher Bahnen erwirkt werden, welche nicht auf Eisenbahngrundstücken, sondern auf fremdem Boden angelegt sind.[62]) Die Geltung der gleichen verwaltungsrechtlichen Normen und der gleichen Vorschriften aus dem Gebiete des Immaterialpfandrechtes weist auf die nahe innere Verwandtschaft dieser Fälle hin.

Besonders zu bemerken ist, daß die Betriebsauslagen und Abrechnungsschuldigkeiten, bis zu dem durch § 47 des Eisenbahnbuchgesetzes bestimmten Anfangstermine zurückgerechnet, den Vorrang vor den Hypothekarforderungen genießen. Dies gilt sowohl bei der Verwendung der Bruttoerträgnisse einer Zwangsverwaltung, als auch bei der Verteilung des durch eine Veräußerung des Eisenbahneigentums erzielten Erlöses. Ferner steht auch den an einzelnen Eisenbahngrundstücken bestehenden Lasten und Dienstbarkeiten ein Vorrecht vor den Hypothekarforderungen zu (§§ 46, 47, 39 Eisenbahnbuchgesetz). Die genauere Darstellung der Rangordnung kann erst in einer späteren Arbeit (vgl. die Vor-

---

[62]) Dahin gehören zahlreiche Kleinbahnen und Straßenbahnen, so die Linie Wien—Kagran.

rede und das zweite Kapitel der Einleitung) Platz finden.

c) Wenn die Eisenbahnunternehmung behördlichen Anordnungen, der Konzession oder der Betriebsordnung wiederholt zuwiderhandelt, insbesondere wenn sie den Betrieb nicht aufrecht erhält, kann nach Maßgabe des § 12 des „Eisenbahnkonzessionsgesetzes" (vom 14. September 1854) die Sequestration der Eisenbahn von der Regierung angeordnet werden. In diesem Falle bleiben die dinglichen Rechte der Prioritäre unberührt.[68]) Denn ihnen haftet ja nicht etwa das bloße Betriebsrecht, sondern das viel weitergehende „Eisenbahneigentum".

Alle die vorstehenden Ausführungen gelten speziell für „Privatbahnen", d. h. solche Bahnen, welche im bücherlichen Besitze privater Personen oder Gesellschaften stehen.

Anders liegt die Sache, wenn die verpfändete Eisenbahn dem Staate gehört: sei es, daß der Staat sie gebaut,

---

[68]) Bezüglich der Vermögensrechte der Bahngesellschaft siehe oben (bei Anm. 57). Über beide Fragen vgl. Grünhut, „Die staatliche Sequestration einer Eisenbahnunternehmung", und insbesondere das dort zitierte französische Dekret vom 4. April 1846, womit zum ersten Male Bahngesellschaften (Eisenbahn von Orleans und Zentralbahn) gegen ihren Willen unter Sequester gestellt wurden: „Considérant que les Compagnies des chemins de fer d'Orléans et du Centre . . . n'ont plus aujourd'hui un pouvoir suffisant pour assurer le service des transports; que dans cet état de choses il est du droit et du devoir du gouvernement de prendre provisoirement l'administration et l'exploitation de ces deux chemins, toute réserve faite d'ailleurs des droits et des intérêts des actionnaires et des tiers — ces chemins de fer placés sous le séquestre seront administrés et exploités sous la direction du ministre des travaux publics." Grünhut zitiert nach Cotelle, Législation française des chemins de fer, Paris 1867, II, Nr. 148, S. 97.

eingelöst oder angekauft hat, oder daß sie ihm heimgefallen ist. Der Staat ist in diesem Falle Eigentümer der Bahn nach den Grundsätzen des Privatrechts; im Eigentumsblatte des Eisenbahnbuches ist auch dementsprechend regelmäßig „das Eigentumsrecht für das k. k. Ärar einverleibt". (So lautet z. B. die Eintragung im Eigentumsblatte der vormaligen „Kaiserin Elisabeth-Bahn" sub praes. 17. November 1885, Z. 8250, auf Grund der notariellen Beurkundung vom 31. Jänner 1881, des Handelsministerial-Erlasses vom 16. Juni 1884, Nr. 917, und der Erklärung vom 14. November 1885.)

Es ist zweifellos zulässig und kam tatsächlich wiederholt vor, daß der Staat für ein bestimmtes Anlehen ein Pfandrecht an einer bestimmten Bahnlinie einräumt. In diesem Falle ist die Bahnlinie selbst, beziehungsweise das Eigentumsrecht an derselben, Pfandobjekt.

Die Unterscheidung der Fälle, in welchen das sogenannte „Eisenbahneigentum" der Privateisenbahngesellschaften (d. i. ein dem Nutzungseigentum ähnliches dingliches Recht) verpfändet ist, von jenen Fällen, in denen das dem Staate zustehende privatrechtliche Eigentum, beziehungsweise die Bahn selbst Pfandobjekt ist, erscheint nicht als überflüssig. In den ersteren Fällen muß das eingeräumte Pfandrecht zugleich mit der Konzession, d. h. mit dem dinglichen Nutzungsrechte der Privatunternehmung, erlöschen. In den letzteren Fällen kann hievon keine Rede sein.

In der Theorie allerdings sind diese beiden verschiedenen Arten des Pfandrechts an Eisenbahnen bisher nicht mit genügender Deutlichkeit auseinandergehalten worden. In der Praxis begegnen sie uns bei einer Reihe von Anlehen, die eine große volkswirtschaftliche Bedeutung besitzen und längst im wirtschaftlichen Verkehre, besonders im Börsenverkehre, nach Gruppen voneinander abgesondert wurden. Im großen und ganzen läßt sich behaupten, daß die im amtlichen Kurs-

blatte der Wiener Börse notierten Teilschuldverschreibungen dieser Anlehen folgendermaßen gruppiert sind: Unter dem Titel „F. Eisenbahn-Prioritäts-Obligationen" erscheinen jene Schuldverschreibungen, welchen ein Pfandrecht an einem Eisenbahnnutzungsrechte (Eisenbahneigentum) einer Privatgesellschaft zusteht; hingegen genießen die als „Eisenbahn-Staatsschuldverschreibungen" und als „vom Staate zur Zahlung übernommene Eisenbahn-Prioritäts-Obligationen" bezeichneten Teilschuldverschreibungen der Gruppe B (Staatsschuld) ein Pfandrecht an der Eisenbahn selbst.

Die Frage, ob und mit welchen Wirkungen der Staat ein neues Pfandrecht an einer seiner Eisenbahnlinien einräumen kann, gewinnt praktische Bedeutung: 1. im Falle einer größeren Anspannung des Staatskredits; 2. im Falle der Belastung einer neu erworbenen Eisenbahnlinie mit dem Pfandrechte für jene Leistungen, welche der Staat für den Erwerb zu entrichten hat. Dieser Fall kann unter den gegenwärtigen Verhältnissen bei einer Verstaatlichung leicht eintreten. Wenigstens wurde eine Reihe der bisherigen Verstaatlichungen in Österreich in dieser Weise durchgeführt. Sowohl politische, speziell finanzpolitische Erwägungen der gesetzgebenden Faktoren, als Kautelen seitens der Unternehmung, welche durch Vertrag ihre Rechte aufgibt, sprechen häufig für diese Art der Pfandrechtsbegründung. Bei der Einlösung mehrerer größerer Eisenbahnlinien durch den Staat (Elisabeth-, Rudolf-, Albrechtbahn usw.) wurden die Prioritätsobligationen vom Staate zur Zahlung übernommen, dabei aber das Pfandrecht derselben an der Eisenbahn von der Staatsverwaltung ausdrücklich anerkannt. In einigen Fällen wurde auch den Besitzern der Aktien eingelöster Bahnen für die jährlichen Zahlungen, die sie nunmehr vom Staate an Stelle des vormaligen Gewinnanteils an dem Unternehmen zu erhalten haben, das Pfandrecht an der Eisenbahn eingeräumt.

Das Pfandrecht an Eisenbahnen wird regelmäßig [64]) für Forderungen eingetragen, welche einer Summe von Teilschuldverschreibungen entsprechen. Bei den von Eisenbahnunternehmungen aufgenommenen pfandbedeckten Anlehen werden diese Teilschuldverschreibungen „Prioritätsobligationen", „Prioritäten" genannt. Selbstverständlich kann auch der Staat für Teilschuldverschreibungen ein Pfandrecht an einer Eisenbahn einräumen; dasselbe ist ganz analog dem Pfandrechte für Prioritätsobligationen vom juristischen Standpunkte aus zu beurteilen.[65]) Von Teilschuld- und Prioritätsanleihen und dem für solche begründeten „Kollektivpfandrechte" (diese Bezeichnung möchten wir für diese Art des Pfandrechts vorschlagen) kann erst an anderer Stelle der vorliegenden Arbeit, gelegentlich der systematischen Einzeldarstellung, die Rede sein. Hier sei nur darauf hingewiesen, daß der Regierungskommissär und der Prioritätenkurator gesetzliche Vertreter der Gläubiger sind.

Der Hauptunterschied zwischen dem Pfandrechte am „Eisenbahneigentum" (Eisenbahnnutzungsrecht) und jenem an den im Eigentume des Staates stehenden Eisenbahnlinien ist: Das Pfandrecht am Eisenbahneigentum einer Privatunternehmung erlischt mit diesem Rechte; das Pfandrecht an den im Eigentume des Staates stehenden Linien dauert auch bei einer Veränderung dieses Eigentumsrechtes (z. B. wenn der Staat die Linie verkauft) fort.

---

[64]) Begreiflicherweise werden die hohen Summen, welche eine Eisenbahnunternehmung als Darlehen „aufnimmt", seltener von einem Gläubiger kreditiert. Für solche Fälle gilt übrigens gar nichts Besonderes. So ist ein Pfandrecht für eine Forderung der Innsbrucker Sparkassa per 750.000 *K* auf der Eisenbahneinlage der Salzburger Lokalbahn im Mai 1903 intabuliert worden.

[65]) Dieser Fall trifft (in der Regel) zu bei den unter dem Titel „Eisenbahn-Staatsschuldverschreibungen" im Kursblatte der Wiener Börse notierten Wertpapieren.

Die Vereinbarung, daß der Staat bei Einlösung oder Kauf einer Privatbahn die für Prioritätsobligationen auf der Bahn haftenden Pfandrechte „übernimmt", ist juristisch gleichbedeutend mit der Begründung eines neuen Pfandrechts an der im Eigentume des Staates stehenden Bahn in der Rangordnung des früheren Pfandrechts am Eisenbahnnutzungsrechte (Eisenbahneigentume). Es ist zulässig, daß der Staat dieses Pfandrecht entsprechend seinem zeitlich unbegrenzten Eigentumsrechte ohne Beschränkung auf eine gewisse Zeit einräumt. Mangels einer solchen Klausel im Vertrage muß jedoch im Zweifel wohl die Willenserklärung der Vertragsparteien dann, wenn der Tilgungsplan der Prioritäten unverändert bleibt, so ausgelegt werden, daß das neue Pfandrecht auf die Dauer der früheren Konzession, somit auf die Dauer des vormaligen „Eisenbahneigentums" der Privatunternehmung, beschränkt sein und nach Ablauf dieser Zeit erlöschen solle. Gewiß dürfte diese Auslegung manchen Zweifeln begegnen, und dieselbe ist auch nur dann anzuwenden, wenn sich kein Anhaltspunkt für die entgegengesetzte Meinung aus dem Verstaatlichungsvertrage gewinnen läßt. In diesem Falle aber erscheint denn doch die allgemeine Tendenz des österreichischen Rechtes maßgebend, nach welcher eine Begünstigung dritter Personen durch einen Vertrag nicht vermutet wird. Das Hypothekarrecht der Prioritäre an der neu verstaatlichten Bahn entspricht nach dieser Auffassung ziemlich genau dem auf eine gewisse Zeit eingeschränkten Pfandrechte für eine Rente, mit dem z. B. kraft letztwilliger Anordnungen eine Liegenschaft belastet sein kann. Praktische Folgerungen können, je nachdem man ein zeitlich unbeschränktes oder ein zeitlich beschränktes Pfandrecht der Prioritäre an der Eisenbahneinlage voraussetzt, sich bei der Löschung dieses Pfandrechtes ergeben. (Man denke an die Fälle der mora accipiendi und der Unauffindbarkeit der Prioritätengläubiger.)

Endlich kann auch ein Pfandrecht an Nutzungsrechten erworben werden, welche an einer Bahn bestehen, ohne die Intensität des „Eisenbahneigentums" zu besitzen: Dahin gehört das Recht der Betriebsführung sowie sonstige Rechte auf das Erträgnis der Bahn oder einen Teil desselben. So ging z. B. seinerzeit der Erwerbung der „Kaiserin Elisabeth-Westbahn" durch den Staat ein verbüchertes Übereinkommen voraus, nach welchem der Staat das Recht zum Betriebe der Bahn und ein neues Einlösungsrecht erhielt, während zugleich die Haftung des Reinerträgnisses der Bahn „für die Zahlung der ihr behufs Abstattung der fälligen Zinsen von den Aktien und Prioritätsobligationen seitens des Staates zugesicherten Jahresrente" bücherlich eingetragen wurde.[66])

Pfandobjekt ist — je nach den oben unterschiedenen Fällen — die Eisenbahn als bücherliche Einheit oder das an dieser bücherlichen Einheit bestehende

[66]) Eintragung im Eisenbahnbuche praes. 1. Februar 1882 Z. 7608: „Auf Grund des mit Gesetz vom 23. Dezember 1881, R. G. Bl. Nr. 141, sanktionierten, zwischen der k. k. Staatsverwaltung und der k. k. priv. Kaiserin Elisabeth-Bahn wegen Betriebsübernahme und eventueller Einlösung ... geschlossenen Übereinkommens dto. Wien, 24. Dezember 1880 und 28. Jänner 1881, auf Grund des Erlasses des k. k. Ministeriums des Innern dto. 21. Mai 1881 Z. 7472 und der Amtsbestätigung dto. Wien, 31. Jänner 1882, werden: a) die gemäß § 8 des Übereinkommens der Firma k. k. pr. Kaiserin Elisabeth-Bahn mit dem Sitze der Unternehmung in Wien eingeräumte Haftung des Reinerträgnisses der Kaiserin Elisabeth-Bahn für die Zahlung der ihr behufs Abstattung der fälligen Zinsen von den Aktien und Prioritätsobligationen seitens des Staates zugesicherten Jahresrente; b) die aus dem Übereinkommen erwachsenden Beschränkungen der konzessionsmäßigen Rechte der Kaiserin Elisabeth-Bahn 1. durch das Recht des Staates zum Betriebe der Linien der K. E. B. in Gemäßheit des § 1 des Übereinkommens, 2. durch das Einlösungsrecht ... bei der Eigentumseinverleibung der Firma „Kaiserin Elisabeth-Bahn", P. Z. 1 angemerkt. — Das Eigentumsrecht des Staates wurde erst im Jahre 1885 eingetragen.

Nutzungsrecht. Die Verpfändbarkeit ist nur von der Eröffnung der Eisenbahneinlage, nicht etwa von der Vollendung einer Teilstrecke abhängig.[67]) § 5 des Eisenbahnbuchgesetzes bestimmt, daß die den Inhalt einer Einlage bildende Bahn als eine bücherliche Einheit anzusehen ist und daß diese Einheit insbesondere auch das Materiale umfaßt, welches 1. „zur Herstellung und Instandhaltung der Bahn bestimmt ist, sofern es bereits in den örtlichen Bereich der Bahn gebracht ist", oder 2. in irgendeiner Weise zum Betriebe der Bahn gehört.[68]) Dadurch wird, wie § 6. Abs. 3. des zitierten Gesetzes ausdrücklich sagt, nicht ausgeschlossen, daß ein Einlösungs- oder Heimfallsrecht des Staates sich auf die diesem Rechte durch Gesetz oder Vertrag unterworfenen Objekte zu beschränken hat.

Wir werden folgerichtig auch in jenen Fällen, in welchen der Eisenbahnunternehmung an der Bahn als solcher nur die konzessionsmäßigen Rechte zustehen, die Unternehmung als Eigentümerin der von ihr erworbenen beweglichen Sachen betrachten, welche unter die Begriffsbestimmung des § 5 fallen. Es ist somit in diesen Fällen das „Eisenbahneigentum" mit dem Privateigentume an beweglichen Sachen verbunden, die oft einen bedeutenden Wert besitzen. Je nach dem Wortlaute der Konzession können der Fahrpark oder ein Teil desselben, Maschinen und Werkzeuge zur Instandhaltung und zum Betriebe der Bahn (Schneepflüge, elektrische Apparate usw. eingeschlossen) und die Kassenbestände bei Erlöschen der Konzession im Eigentume der Unternehmung verbleiben oder dem Staate heimfallen. In jedem Falle handelt es sich um ein Eigentumsrecht der Bahnunternehmung

---

[67]) Über die Gesetzgebung anderer Staaten vgl. Meili a. a. O., S. 41 bis 44.

[68]) Eine Modifikation dieses Satzes tritt bei Bahnen ein, welche zum Teile dem Auslande angehören. Hierüber vgl. Exner, „Östreichisches Hypothekenrecht" S. 283, Anm. 40.

an diesen einzelnen Dingen. Dies wird schon durch den Hinweis auf die in den Kassenbeständen vorhandenen Geldstücke klar, die durch Übergabe oder durch Vermischung mit dem Gelde der Bahnunternehmung in das Eigentum dieser letzteren kamen und bezüglich welcher von einer Widmung zum Eisenbahnbetriebe wohl nicht ernsthaft gesprochen werden kann. Es tritt im Falle des Erlöschens der Konzession einfach eine Nachfolge (Sukzession) des Staates in das Privateigentum der Unternehmung an den kraft der Konzession dem Staate zu übergebenden Fahrnissen ein. Die Verpflichtung der Unternehmung, die Beschaffenheit und die Anzahl dieser Fahrnisse in einem gewissen Stande zu erhalten, ist rein obligatorisch. Insbesondere darf die Unternehmung, ohne an die Zustimmung des Regierungskommissärs gebunden zu sein, einzelne Stücke dieser beweglichen Gegenstände dem Betriebe entziehen und durch andere mindestens gleichwertige ersetzen.

Daß hier ein Nutzungsrecht (auch das „Eisenbahneigentum" kommt ja vornehmlich als Nutzungsrecht in Betracht) mit dem Privateigentume an Fahrnissen verbunden ist, ist keine Anomalie. Ganz ebenso kann z. B. das Fruchtgenußrecht an einem Gute mit dem Eigentumsrechte an selbständigen beweglichen Sachen verbunden sein, die der Fruchtgenußberechtigte zwecks Ausnützung seines Rechtes auf das Gut einbringt (etwa Vieh, landwirtschaftliche Maschinen).[69]) Ein Pfandrecht am Fruchtgenußrechte erstreckt sich in diesen Fällen auch auf Eigentumsobjekte des Fruchtnießers, die bloß der Ausübung dieses Rechtes dienen. Dies tritt insbesondere zu Tage, wenn eine Zwangsverwaltung des Fruchtgenußrechtes eingeleitet wird.

---

[69]) Da diese Sachen nicht vom Eigentümer zum fortdauernden Gebrauche der Liegenschaft gewidmet sind, werden sie nicht Zubehör derselben (vgl. oben: „Liegenschaften und Liegenschaftsanteile als Pfandobjekte").

Ebenso erstreckt sich ein Pfandrecht an einem Eisenbahnnutzungsrechte (insbesondere auch am „Eisenbahneigentume") auch auf die im Eigentume der Unternehmung stehenden Fahrbetriebsmittel und die sonstigen im § 5 des Eisenbahnbuchgesetzes bezeichneten Gegenstände. Dieser Rechtssatz ist zwingender Natur (jus cogens) und folgt aus § 6 Abs. 1 des Eisenbahnbuchgesetzes. Tritt ein Gegenstand aus dem in § 5 Eisenbahnbuchgesetz bezeichneten Kreise aus, so ist er dadurch ipso jure auch von dem an der Eisenbahn haftenden Pfandnexus befreit. Kommt ein Gegenstand zu der Zahl der in dem zitierten Paragraphen bezeichneten Fahrnisse hinzu, so erstreckt sich der Pfandnexus auch auf diesen — vorausgesetzt, daß er dem an der Bahn Eigentums- oder Nutzungsberechtigten gehört.[70]) Ausgenommen vom Pfandnexus sind daher z. B. entliehene Waggons; bei diesen fehlt in der Regel auch das Merkmal der dauernden Bestimmung zum Betriebe der betreffenden Eisenbahn.

Ganz unmittelbar ergibt sich aus §§ 5 und 6 des Eisenbahnbuchgesetzes, daß das Pfandrecht an der Bahn auch ein neuangelegtes Parallelgeleise ergreift. Dieser Fall wird voraussichtlich demnächst bei der Nordwestbahn eintreten, wenn die Legung des zweiten Geleises in Angriff genommen wird. Da § 6 des zitierten Gesetzes strenge daran festhält, daß eine Bahn nur als bücherliche Einheit Pfandobjekt sein kann, § 5 als bücherliche Einheit die den Inhalt einer Einlage bildende Bahn behandelt, kann nach öster-

[70]) Erwähnenswert sind die trefflichen Normen, welche § 4 des preußischen Gesetzes über die Bahneinheiten aufstellt, um die Zugehörigkeit beweglicher körperlicher Sachen zur Bahneinheit zu bestimmen. Maßgebend ist im allgemeinen, ob sie sich auf den Bahngrundstücken befinden, bei rollendem Betriebsmaterial aber — auch nach der Entfernung von den Bahngrundstücken —, ob es als Eigentumsobjekt des Bahnunternehmers, das dem Betriebe nicht dauernd entzogen ist, in verkehrsüblicher Weise bezeichnet ist.

reichischem Rechte in dieser Hinsicht kein Zweifel obwalten.[71])

Die vorstehenden Sätze gelten allgemein für das Pfandrecht an Eisenbahnen und sind insbesondere von Bedeutung für das Recht der Prioritäre. Die sonstigen Rechtsverhältnisse, welche das Pfandrecht für Forderungen aus Prioritätsobligationen betreffen, werden in dem Abschnitte über „Kollektivpfandrecht" zur Erörterung gelangen.

3. Kann das Recht an der Pfründe, wenn diese eine Liegenschaft umfaßt, Gegenstand des Hypothekarrechts sein?

Der diesbezügliche Rechtszustand ist — in gedrängter Darstellung — folgender: Nach §§ 46 und 38 des Gesetzes vom 7. Mai 1874, R. G. Bl. Nr. 50, ist die kirchliche Anstalt, beziehungsweise die Pfründe[72]) (§ 39 zit. Ges.) als Eigentümerin der Liegenschaft, der Benefiziat als deren Nutznießer zu betrachten. (Das Recht des Pfründners war im gleichen Sinne schon in der Allerhöchsten Entschließung vom 3. Oktober 1858, beziehungsweise dem Kultusministerialerlasse vom 15. Oktober 1858, Z. 1282 praes., und den dort bezogenen „Vorschriften der Bischofsversammlung vom Jahre 1856" definiert worden, nach denen (§ 14) der Pfründenbesitzer als „Fruchtnießer" gilt.) Dieses Recht des geistlichen Nutznießers wird nun niemals in die öffentlichen Bücher

---

[71]) Zu demselben Resultate gelangten übrigens das schweizerische Bundesgericht (anläßlich eines Prozesses) und bezüglich des nordamerikanischen Eisenbahnrechtes Redfield (law of railways II. S. 484). Vgl. Meili a. a. O. (Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahnen) S. 53.

[72]) Diese letztere Auffassung begegnet uns auch im bayerischen Kirchenrecht. (Vgl. Meurer, Das bayrische Kirchenvermögensrecht, II. Bd., Stuttgart 1903, und die Rezension hierüber in Nummer 70 der „Beilage zur Allgemeinen Zeitung", München, 28. März 1903, von O. D.)

eingetragen.[78]) Es ist demnach das Recht des Benefiziaten überhaupt kein Gegenstand des Grundbuchsverkehrs, kann also auch kein Gegenstand des Hypothekarrechtes sein. Außerdem würde, falls eine Pfandrechtseinverleibung praktisch versucht werden sollte, dem sogenannten Erfordernisse des „bücherlichen Vormanns" (Auktors, § 21 Grundb.-Ges.) nicht entsprochen werden können.

Zwar bleibt nach der zu Recht bestehenden Justizministerialverordnung vom 13. Juli 1860 (R. G. Bl. 175, vgl. Anm. 73) „das den Gläubigern eines Pfründners durch die bestehenden Gesetze eingeräumte Recht zur Einbringung ihrer Forderungen aus den Früchten des unbeweglichen Pfründenvermögens im Wege der Realexekution, soweit solche nach Maßgabe der bestehenden Gesetze zulässig ist, unberührt". Die Zwangsverwaltung des Rechtes eines geistlichen Nutznießers an der Pfründe kann aber ebensowenig im Grundbuche angemerkt werden wie etwa die Zwangsverwaltung eines unverbücherten Pachtrechtes. Es kann demnach unter Zugrundelegung der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht in diesem Falle vielleicht von einem unvollständig entwickelten Pfandrechte, gewiß aber n i e m a l s von einem — vollständig oder unvollständig entwickelten — Hypothekarrechte gesprochen werden.

4. Das Bergwerkseigentum als Gegenstand des Hypothekarrechts.

Daß unter „Bergwerkseigentum" die in einem Bergbaurechte enthaltenen Befugnisse zu verstehen sind, wurde

[78]) Hiezu wäre übrigens gemäß § 51 des zitierten Gesetzes vom 7. Mai 1874 und der mit dieser Gesetzesstelle aufrechterhaltenen Ministerialverordnungen vom 20. Juni 1860 (R. G. Bl. Nr. 162) und vom 13. Juli 1860 (R. G. Bl. Nr. 175) die staatsbehördliche Bestätigung (der Statthalterei, eventuell des Kultusministeriums) erforderlich, daß den besonderen über die Belastung des Pfründengutes bestehenden Vorschriften genügt worden sei.

schon in der Übersicht über die Gegenstände des Hypothekarrechts (siehe oben) klargestellt.

Bergbaurechte und die an denselben bestehenden Pfandrechte sind bücherliche Rechte, da sie durch Eintragung in das Bergbuch begründet werden. Was aber als Objekt dieser Rechte im Bergbuche erscheint, das sagt § 109 des Berggesetzes vom 23. Mai 1854, R. G. Bl. Nr. 146: „Verliehene Grubenmaße, Überscharen, Hilfsbaue und Revierstollen sind unbewegliches Eigentum und Gegenstand der Eintragung in das Bergbuch." Ferner haben nach § 117 Berggesetz „alle Taggebäude, Werkstätten und Anlagen, welche zur Ausübung der verliehenen Bergbauberechtigung erforderlich sind, oder von dem Besitzer des Werkes dazu bestimmt werden, . . . mit demselben ein Ganzes auszumachen". Es muß „die Widmung dieser Realitäten zu Bestandteilen des Werkes sowohl in dem Bergbuche eingetragen, als in den Grund- oder anderen öffentlichen Büchern, worin sie etwa vorkommen, angemerkt werden" (§ 117 Berggesetz, 2. Abs.).

Wenn wir nun schon dem Sprachgebrauche nach unter einem „Bergwerk" eine universitas rerum verstehen, so sagt uns das Gesetz noch viel deutlicher, daß der Gegenstand des Pfandrechtes am Bergwerkseigentum ein Komplex von Rechten (an unbeweglichen Sachen, eventuell außerdem an beweglichen Sachen) und von beweglichen Sachen ist.

§ 121 Berggesetz besagt: „Auf das Bergwerkszugehör findet eine abgesonderte Exekution nicht statt.

Als Zugehör jedes Bergwerkes sind insbesondere die bei demselben befindlichen, zum Betriebe desselben bestimmten Tiere, Maschinen, Werkzeuge und Gerätschaften, die vorhandenen Material-, Natural- und andere Vorräte, und die noch nicht im kaufrechten Zustande nach der Beschaffenheit des Gewerbsbetriebes befindlichen Erze und Hüttenprodukte anzusehen."

Das Pfandrecht an einem Bergwerke — oder, wenn man den Ausdruck vorzieht: an einem „Bergwerkseigentumsrechte" — erstreckt sich auch auf dieses Zugehör. Die Gründe, die hiefür maßgebend sind, sind vollkommen analog jenen, welche für die Ausdehnung des Pfandrechts an einer Liegenschaft auf deren Zubehör gelten (darüber s. oben „Liegenschaften und Liegenschaftsanteile als Pfandobjekte"). Insbesondere findet die Regel des § 457 a. b. G. B., wonach sich das Pfandrecht auf alle zu dem freien Eigentume des Verpfänders gehörigen Teile, auf Zuwachs und Zugehör des Pfandes erstreckt, auch hier Anwendung.

In ganz analoger Anwendung der Bestimmungen, welche die Exekutionsordnung bezüglich der Liegenschaften trifft, möchten wir aber auch behaupten, daß das Pfandrecht an einem Bergwerke auch die jeweils innerhalb desselben befindlichen nicht veräußerten Bergwerksprodukte als „Naturalfrüchte" mitergreift. Die Gründe für diese unsere Ansicht sind dieselben, welche wir bei der Betrachtung der „Liegenschaften als Pfandobjekte" (s. oben) entwickelt haben. Daß die Bestimmungen der Exekutionsordnung betreffend Liegenschaften auch auf Bergwerke anzuwenden sind, soweit nicht die §§ 240 bis 248 E. O. Ausnahmen statuieren — und dieser Fall tritt hier nicht ein — ist zweifellos.

Nur eine Besonderheit ist in diesem Zusammenhange hervorzuheben, und diese betrifft die Anteile am Vermögen einer zu Bergbauzwecken errichteten Gewerkschaft, die sogenannten Kuxe. Diese sind nicht als Anteile am Bergwerkseigentum zu betrachten: sie haben nach § 140 Berggesetz „die rechtliche Eigenschaft beweglicher Sachen", und es ist die Exekution auf solche Kuxe gemäß Art. XXV. des Einführungsgesetzes zur Exekutionsordnung „nach den Vorschriften über die Exekution auf körperliche bewegliche Sachen durchzuführen".

Hingegen finden die Ausführungen über das Pfandrecht am Bergwerkseigentum volle Anwendung auf das Pfandrecht an Anteilen eines Bergwerkes nach § 135 Berggesetz. Gemäß diesem Paragraphen darf ein solcher Anteil — wenigstens wenn er seit dem Inslebentreten des Berggesetzes entstand — nicht kleiner sein als ein Sechzehntel des Ganzen.

5. Verbücherte Bestandrechte als Objekt des Hypothekarrechts.

Die Frage, ob Bestandrechte Gegenstand des Pfandrechts sein können, wurde in der österreichischen Judikatur in ganz verschiedener Weise beantwortet, wobei denn auch die Gründe der richterlichen Entscheidungen einander oft geradezu widersprachen.

So hat der oberste Gerichtshof in den Gründen der Entscheidung vom 10. März 1885, Z. 2666, Glaser-Ungersche Slg. 10.468, ausgesprochen: „Pachtrechte können nach § 9 Grundbuchsgesetz Gegenstand der bücherlichen Einverleibung, aber ihrem Wesen nach nicht Gegenstand des Pfandrechts sein." Dagegen wurde von eben dem obersten Gerichtshofe in der Entscheidung vom 16. August 1866, Z. 7285, Slg. 2582, der Erwerb eines Pfandrechts an Rechten aus einem „Pacht- und Mietvertrage" zugelassen mit der Begründung: „Es liegt in der Natur eines Bestandrechts nichts, was dessen Pfändung ausschließen würde." Ebenso widersprechend sind: die Entscheidung vom 28. September 1871, Z. 10.675, Slg. 4268, mit der Begründung: „Das Mietrecht besteht nach § 1090 a. b. G. B. in dem Rechte des Gebrauches einer Sache, welches Recht als solches (§ 507 a. b. G. B.) der gerichtlichen Pfändung nicht unterzogen werden kann"[74]), und jene vom 14. März 1876,

---

[74]) Hier liegt übrigens offenbar eine Verwechslung des Wortes „Gebrauch" in § 1090 mit der Servitut, welche bei den Römern usus, im a. b. G. B. technisch „Recht des Gebrauches" heißt, vor.

Z. 3008, Slg. 6059, deren Motivierung besagt: „Die Rechte des Bestandnehmers aus dem Vertrage sind nach dem Gesetze von der Exekution nicht ausgenommen", und weiterhin insbesondere mit Berufung auf § 320 der damals in Geltung gestandenen allgemeinen Gerichtsordnung die Sequestration als Exekutionsmittel in diesem Falle bezeichnet.

Einer besonderen Hervorhebung bedürfen die Gründe der Entscheidung vom 7. September 1880, Z. 9577, Slg. 8080 (auf Grund der allgemeinen Gerichtsordnung): „Die vom Schuldner gepachteten Rechte (nämlich die Einkünfte der Pachtung) können sequestriert werden"; vor allem aber die vom obersten Gerichtshofe unter dem 23. September 1896, Z. 11077 (Zeitschrift für Notariat 1896, Nr. 43) vollinhaltlich bestätigten Entscheidungsgründe des Oberlandesgerichts betreffend die Bewilligung einer exekutiven Pfandrechtseinverleibung auf ein zwölfjähriges Bestandrecht: „Der grundbücherlichen Eintragung des Bestandrechts im Sinne des § 19 Grundbuchsgesetz und § 1121 a. b. G. B. kommt die Natur einer Hypothek zu Gunsten einer eventuell eintretenden Ersatzforderung zu; dieses Recht kann somit nach § 13 Grundbuchsgesetz Gegenstand eines Afterpfandrechts sein. . . . Über die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen ist nicht von vornherein bei Erledigung des Einverleibungsgesuches abzusprechen."

Exner[75]) erklärt die intabulierten Bestandrechte als Gegenstand des Hypothekarrechts, als verwertbar und somit pfandfähig, „insofern sie regelmäßig (a. b. G. B., § 1098) die Befugnis in sich schließen, das Objekt entgeltlich in Afterbestand zu geben".

Unser Standpunkt ergibt sich aus dem Zusammenhalte dieser wohlgegründeten Theorie mit jener Ansicht, welche in

---

[75]) Das Östreichische Hypothekenrecht, S. 54.

der oben zitierten oberstgerichtlichen Entscheidung vom Jahre 1896 zum Ausdrucke gelangt. Intabulierte Bestandrechte sind Gegenstand des Hypothekenrechts, insofern sie Geldwert besitzen und somit im Verkehr stehen (vgl. § 448 a. b. G. B.).

Der Gläubiger kann aus einem Bestandrechte die Befriedigung erlangen, entweder 1. indem dessen Objekt entgeltlich in Afterbestand gegeben wird oder 2. sonst nutzbar gemacht wird (z. B. durch Bebauung eines verpachteten Grundstücks; die Nutzbarmachung ad 1. wird oft, jene ad 2. immer durch Zwangsverwaltung erfolgen); oder 3. indem gegen eine Ablösungssumme das Bestandrecht an den Eigentümer des Bestandobjektes veräußert wird (diesen Fall kann man auch komplizierter als Afterbestandverhältnis konstruieren; er ist, wie sich hieraus ergibt, unbedingt zulässig); endlich 4. indem an Stelle des Bestandrechtes das in gleicher Rangordnung stehende Recht auf einen Entschädigungsbetrag tritt (insbesondere im Falle der Zwangsversteigerung, § 1121 a. b. G. B. und § 216, Z. 4, E. O.).

Wenn der Bestandvertrag nur die persönliche Ausübung des Bestandrechtes durch den Bestandnehmer gestattet (z. B. das Afterbestandrecht ausschließt), werden die Befriedigungsmöglichkeiten 1. und 2. entfallen. Ist aber in dem Bestandvertrage keine solche Bestimmung getroffen, so wird häufig selbst dann, wenn der Bestandnehmer persönlich den Gebrauch der Liegenschaft ausübt, eine Nutzbarmachung des Bestandrechtes für den Gläubiger möglich sein. Die Bestimmungen des § 105 E. O. über die teilweise Ausdehnung der Zwangsverwaltung auf (entbehrliche) Wohnungsräume des Verpflichteten werden vermöge der Analogie zur Anwendung gelangen.

Die Spezialität der Hypothek und die Ausnahmen von diesem Grundsatze.

Wie schon Exner[76]) hervorhebt, hat die moderne Gesetzgebung, um die Hypothek verkehrsfähig zu machen, erstens die Generalhypothek beseitigt; zweitens die Hypothek nach ihrem Gegenstande, Inhalte und Range spezialisiert.

Diese Entwicklung ist aber im österreichischen Rechte nicht vollständig durchgeführt; sie ist auch durch die neueste Umgestaltung des österreichischen Pfandrechts nicht gefördert worden.

Es bestehen Ausnahmen in zweifacher Richtung:

1. Jeder Grundbuchskörper bildet eine Einheit, in der auch Zubehör, Früchte usw. inbegriffen sind.[77]) Von den Stücken, die zu dieser Einheit gehören, ist nur der Grund und Boden im Grundbuche ersichtlich.

Das Bestreben der österreichischen Grundbuchsverwaltung geht dahin, wenigstens die wirtschaftliche Verwendung des Grundes im Grundbuche anzudeuten. Daher besteht von altersher die Gepflogenheit, die Bezeichnung einer Liegenschaft als „Acker", „Wiese", „Garten" usw., insbesondere aber als „Haus", ins Grundbuch einzutragen. Um die Übereinstimmung mit den tatsächlichen Verhältnissen herzustellen, hat man sogar in der Praxis eine „Anmerkung der Hauserbauung" zugelassen.

Diese Eintragungen in das Grundbuch beruhen jedoch nicht auf zwingenden Rechtsvorschriften. Insbesondere hat das Fehlen der erwähnten Bezeichnungen oder das Unterbleiben einer diesbezüglichen Änderung keine rechtliche Bedeutung.

---

[76]) „Östreichisches Hypothekenrecht", S. 58 bis 63.

[77]) Vgl. oben „Gegenstand und Umfang des Hypothekarrechtes".

2. Die zweite Ausnahme betrifft kein Hypothekarrecht, aber doch ein Pfandrecht an Liegenschaften, das seinerseits auf die Hypotheken zurückwirkt.

Es besteht nach österreichischem Rechte — freilich ist dies stark bestritten — ein vereinzelter Fall des Generalpfandrechtes, das auch auf unbeweglichen Sachen haftet: das ist das gesetzliche Pfandrecht für eine Gebühr von einer Verlassenschaft.

Diese Gebühr — welche in Österreich die anderwärts übliche „Erbsteuer" vertritt — ist nach dem Gebührengesetze eine Art der „Vermögensübertragungsgebühren". Als solche genießt sie ein gesetzliches Vorzugspfandrecht. Die bezügliche Gesetzesstelle — der Anfang des § 72 des Gebührengesetzes vom 9. Februar 1850, Nr. 50 R. G. Bl. — lautet: „Die Gebühr von Vermögensübertragungen haftet auf der Sache, welche den Gegenstand der Übertragung ausmacht, und geht allen aus Privatrechtstiteln entspringenden Forderungen vor; dieses gilt insbesondere von der Gebühr für Erbschaften und Vermächtnisse . . . Vor der Berichtigung oder vollständigen Sicherstellung der Gebühr von dem Nachlasse und den Vermächtnissen darf die Verlassenschaft nicht eingeantwortet werden."

Wollte man aus dem Wortlaute dieses Textes argumentieren, so könnte man freilich sagen, daß auf einer in die Verlassenschaft gehörigen Realität nur die Gebühr für die Übertragung *dieser unbeweglichen Sache* hafte. In der Tat sind auch gerichtliche Entscheidungen erflossen, deren Gründe in diesem Sinne lauten. So vermeint insbesondere die Plenarentscheidung des obersten Gerichtshofes vom 5. Juni 1901, Z. 6216 (Nr. 438 der Amtl. Slg.): „Aus der Bestimmung des § 72 Geb.-Ges., wonach die Gebühr von Vermögensübertragungen, insbesondere auch die Gebühr für Erbschaften und Vermächtnisse, auf der Sache haftet,

welche den Gegenstand der Übertragung ausmacht, geht hervor, daß die einzelne in den Nachlaß gehörige Sache nur für jenen Teil der von dem reinen Nachlasse (§ 57 Geb.-Ges.) zu entrichtenden Gebühr haftet, welcher auf sie entfällt, daß daher von einer Solidarhaftung der einzelnen Nachlaßsachen für die von dem ganzen Nachlasse bemessene Gebühr keine Rede sein kann."

Allein es läßt sich nicht verkennen, daß nach der Ausdrucksweise und der Tendenz des Gebührengesetzes im ganzen mit dieser Norm eine Haftung des gesamten Nachlasses einschließlich der in denselben gehörigen Grundstücke für die Gebühr von diesem Nachlasse statuiert werden sollte: demnach ein wirkliches Generalpfandrecht für eine einheitlich zu bemessende Gebühr. So sehr es allen modernen juristischen Begriffen Hohn spricht, eine Erbschaft als „Sache" zu bezeichnen — dem Gebührengesetze ist eine derartige Ausdrucksweise nicht fremd. Es ist eine Tatsache, daß die klaren Bezeichnungen und technischen Ausdrücke der übrigen österreichischen Gesetze im Gebührengesetze — ähnlich wie im Gefällsstrafgesetze — einfach nicht angewendet wurden. Doppelt bedauerlich ist es, daß dieses Gesetz, das in seiner aus dem Jahre 1850 stammenden Überschrift selbst als ein „provisorisches" (!) bezeichnet wird, noch immer in Kraft steht.

Der gegenwärtige Rechtszustand erfährt eine weitere Verschärfung dadurch, daß dieses Generalpfandrecht der Erbgebühr gleichzeitig ein Vorzugsrecht vor allen Privathypotheken genießt. Dies war zur Zeit, als das Gebührengesetz in Kraft trat, nicht der Fall. Damals bestimmte der Finanzministerialerlaß vom 3. Mai 1850, R. G. Bl. Nr. 181: „Das dem Staatsschatze hinsichtlich der Gebühren von Vermögensübertragungen zustehende Vorrecht vor allen aus Privatrechtstiteln entspringenden Forderungen hat auf die Forderungen, welche vor der Wirksamkeit dieser gesetzlichen Bestimmungen auf eine unbewegliche Sache ein Pfandrecht

erworben haben, nicht zurückzuwirken." Heute kann diese Übergangsbestimmung selbst auf die vor 1850 begründeten Pfandrechte nicht mehr angewendet werden, da sie durch spätere Bestimmungen, vor allem aber durch die Exekutionsordnung selbst (§§ 120, 124, 216 E. O.) außer Kraft gesetzt ist.

Von demselben Finanzministerialerlasse ist nur eine wichtige Einschränkung und von dieser abermals eine Ausnahme bestehen geblieben: Das Vorrecht (nicht das Pfandrecht) der Gebühr „hat nach drei Jahren von dem Zeitpunkte an, mit welchem die Gebühr zufolge des Zahlungsauftrages von dem Steuerpflichtigen hätte berichtigt werden sollen, zu erlöschen . . . Diese Verjährung des Vorrechtes wird durch die Anwendung der gesetzlichen Mittel zur Einbringung der Gebühr unterbrochen". Diese Bestimmung ist, besonders auch hinsichtlich der „Unterbrechung der Verjährung des Vorrechtes" durch Art. III des Einführungsgesetzes zur E. O. vollständig aufrechterhalten. Als Mittel zur Eintreibung der Gebühr, durch welche die Verjährung des Vorzugsrechtes unterbrochen wird, bezeichnet der oberste Gerichtshof im Plenissimarbeschlusse vom 11. März 1902, Praes. 376 ex 1901, Judikatenbuch Nr. 153 (Amtl. Slg. Nr. 454): „Die zwangsweise Pfandrechtsbegründung, die gehörig betriebene Zwangsverwaltung einschließlich der administrativen Zwangsverwaltung, wenn dieselbe im Grundbuche angemerkt wurde, und die Zwangsversteigerung der für die Gebühr haftenden Liegenschaft."

Es ist begreiflich, daß in der Praxis vielfach das Bestreben zu Tage tritt, gegenüber einem so bevorzugten Pfandrechte, wie es der Übertragungsgebühr von einem Nachlasse zukommt, den Grundsatz der Spezialität hinsichtlich der einzelnen in die Verlassenschaft gehörigen Liegenschaften zu wahren. Indessen hat der oberste Gerichtshof vor der oben zitierten Plenarentscheidung vom 5. Juni 1901 mehrfach

diese Bestrebungen mit zutreffenden Gründen zurückgewiesen.[78]) Was aber für die Praxis am bedeutsamsten ist — auch nach der Entscheidung von 1901 wurde der frühere Standpunkt keineswegs aufgegeben: Daraus erhellt wohl am deutlichsten, wie gewichtige Gründe für diese Ausnahme, diese Irregularität in der österreichischen Pfandrechtslehre, aus dem Gebührengesetze zu entnehmen sind.

So sprach der oberste Gerichtshof in den Gründen der Entscheidung vom 7. Juni 1902, Z. 4989, aus, „daß die Auffassung, wonach jede einzelne Verlassenschaftssache nur für die ihre eigene Übertragung betreffende Gebührentangente hafte, weder dem Wortlaute noch dem offenbaren Zwecke des § 72 Geb.-Ges. entspricht, weil sie in ihren letzten Konsequenzen eine den Zweck der Sicherstellung beeinträchtigende Zersplitterung der Gebührenhaftung herbeiführen würde, und daß nach § 216, Abs. 2, E. O. die zufolge § 72 Geb.-Ges. bestehende besondere Vorschrift über die Haftung der Liegenschaft aufrecht erhalten erscheint".

Dieses Privileg der staatlichen Nachlaßgebühren wird analog auf den Gebührenzuschlag der Gemeinde Wien bei Übertragungen von Wiener Realitäten,[79]) soweit dieser Zuschlag nicht getrennt für jede einzelne Realität bemessen wird; ferner auf den von einer Verlassenschaft in Wien zu entrichtenden Beitrag zum Krankenanstaltenfonds[80]) angewendet.

---

[78]) So laut der Entscheidungen vom 9. März 1897 Z. 2650 (Gellers Zentralblatt 1897 Nr. 169); 25. September 1895 Z. 10.358 J. M. Vdg. Bl. 1896, Nr. 1213; 19. Dezember 1888 Z. 14.648 Slg. 12.493.

[79]) Nach dem Landesgesetze vom 15. März 1886 L. G. Bl. Nr. 5: „ein Zehnteil der ordentlichen Gebühr ohne Zuschlag, welche der Staat aus Anlaß von Übertragungen des Eigentumsrechtes auf die im Wiener Gemeindegebiete befindlichen Realitäten . . . bezieht".

[80]) Diese sogenannte „Fondsgebühr" wird für Spitalzwecke verwendet. Der von der niederösterreichischen Statthalterei verwaltete

Vom Standpunkte der Theorie und Gesetzgebung erscheint diese Ausnahmsbestimmung, da sie den Grundsatz der Spezialität durchbricht, ohne Zweifel als verwerflich; vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus aber müssen wir ein Generalpfandrecht der Übertragungsgebühr von Verlassenschaften anerkennen.

III. Die Grundlinien des formalen Rechtes der Hypothek.

Erwerbung, Übertragung, Belastung. Anfechtung einer Pfandrechtsvormerkung nach § 45 Grundb.-Ges.

Die Hypothek, „das Pfandrecht, welches auf das öffentliche Buch gegründet ist", wird durch eine Eintragung in das öffentliche Buch (Intabulation) erworben.

Diese Eintragung muß unter allen Umständen von dem Gerichte verordnet werden, bei welchem das Grundbuch geführt wird. Ihre Bewilligung kann auch durch ein anderes Gericht erfolgen (z. B. durch das exekutionsbewilligende Gericht, das nicht zugleich Grundbuchsgericht ist). In solchen Fällen wird vom Grundbuchsgerichte der Vollzug der bewilligten Eintragung dem Grundbuche aufgetragen. Voraussetzung hiefür ist, daß das Grundbuchsgericht den Stand des Buches geprüft hat und daß die bewilligte Eintragung nach demselben zulässig erscheint.

Die Formen dieser Eintragung sind verschieden. Deshalb fügt sich die spezielle Darstellung teils dem Abschnitte über das vollständig entwickelte, teils jenem über das unvollständig entwickelte Hypothekarrecht ein. An dieser Stelle können nur einige Leitsätze in lapidarer Fassung Platz finden.

Wenn ein *vollständig entwickeltes* Hypothekarrecht begründet werden soll, erfolgt die Eintragung desselben in der Form der „*Einverleibung*", eventuell der „*Vor-*

„Wiener k. k. Krankenanstaltenfonds" dient der Erhaltung einer Anzahl öffentlicher Spitäler in Wien.

merkung“. Zu der letzteren muß jedoch eine nachträgliche „Anmerkung der Rechtfertigung“ kommen, wenn das Pfandrecht Bestand haben oder zur Befriedigung des Gläubigers führen soll. Daher wird die Vormerkung in § 8 des Grundb.-Ges. als „bedingte Rechtserwerbung“ bezeichnet. Nur bei Pfandrechten für Forderungen, welche dem Staate, Fonden oder Korporationen des öffentlichen Rechtes auf Grund administrativer Entscheidungen zustehen,[1]) kann eine solche Anmerkung der Rechtfertigung ganz unterbleiben, ohne daß dies Rechtsfolgen nach sich zieht. In allen übrigen Fällen kann derjenige, gegen welchen die Vormerkung bewilligt wurde, um deren Löschung ansuchen und hat das Grundbuchsgericht hierüber das im § 45 des Grundbuchsgesetzes geregelte Verfahren einzuleiten.

Voraussetzung eines erfolgreichen Verfahrens nach § 45 Grundb.-Ges. ist, daß die Rechtfertigung einer Vormerkung unterblieben ist. Nur ein Spezialfall ist jener, in welchem diese Rechtfertigung mittels Erhebung einer Klage im Prozeßwege zu geschehen hat und diese Klage nicht binnen vierzehn Tagen (§ 42 Grundb.-Ges.) nach dem Tage der Zustellung des Vormerkungsbescheides oder binnen einer „aus erheblichen Gründen“ bestimmten längeren Frist (§ 43 Grundb.-Ges.) bei dem zuständigen Gerichte „erhoben“ wurde: Im Sinne des § 232 Z. P. O., zweiter Satz, genügt zur Wahrung dieser Frist die Überreichung der Klage bei Gericht.

Das Löschungsgesuch dessen, „gegen welchen die Vormerkung bewilligt wurde“,[2]) (in der Gerichtssprache: „des Pränotaten“), ist sofort abzuweisen, wenn die Rechtfertigung

---

[1]) Z. B. Steuer-, Gebühren-, Steuerstrafen-Forderungen. (Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 21. August 1883 Zahl 9644 Slg. 10.352, hinsichtlich einer Stempelstrafe).

[2]) So der Gesetzestext. Über Interpretation und Erweiterung dieser Norm durch spätere Rechtsbildung siehe unten.

erfolgt oder die Frist zur Rechtfertigung am Tage der Überreichung des Löschungsgesuches offengehalten ist. Daß der Gesetzestext, der irrtümlicherweise nur von der rechtzeitigen Erhebung der Rechtfertigungsklage spricht, in dieser Weise zu interpretieren — fast möchte man sagen „zu korrigieren“ — ist, ergibt sich aus dem Gesetze selbst. Denn § 41 Grundb.-Ges. führt ganz richtig aus, daß die Rechtfertigung außer durch einen Prozeß auch erfolgen kann 1. „auf Grund einer zur Einverleibung geeigneten Erklärung desjenigen, gegen welchen die Vormerkung bewilligt wurde“; 2. durch den Ausweis über den Eintritt der „Exekutionsfähigkeit“ eines vorgemerkten gerichtlichen Erkenntnisses. Scheidet man selbst den ersten Fall bei der Besprechung des § 45 Grdb.-Ges. aus, so ist doch der zweite wichtig genug und hat durch die neuen Vorschriften über „Exekution zur Sicherstellung“ überdies eine erhöhte Bedeutung gewonnen: In § 374 E. O. ist die bücherliche Vormerkung des Pfandrechtes auf Liegenschaften oder daran haftenden Rechten zur Sicherung von Geldforderungen ausdrücklich zugelassen; der Antrag auf Exekution zur Sicherstellung aber gründet sich in der Regel auf bereits erflossene gerichtliche Entscheidungen, die nicht, beziehungsweise noch nicht vollstreckbar sind (§§ 370, 371, teilweise 373 E. O.). Die Rechtfertigung erfolgt in diesem Falle durch den Eintritt der Vollstreckbarkeit, welcher dem Grundbuchsgerichte nachzuweisen ist, *nicht* aber durch die Erhebung der Rechtfertigungsklage.

Liegt ein Nachweis der Rechtfertigung oder der Offenhaltung der Frist dem Gerichte nicht vor, so ist eine Tagsatzung anzuordnen. Erbringt bei derselben der frühere Vormerkungswerber diesen Nachweis, so ist das Löschungsgesuch gleichfalls abzuweisen. Die Rechtfertigung ist als erfolgt anzusehen, wenn sie, obgleich *nach* Ablauf der für sie bestimmten Frist, *spätestens am Tage der Überreichung des Löschungsgesuches* erwirkt wurde (beziehungsweise wenn

die sie bedingende Tatsache [3]) eingetreten ist). Das Gesetz spricht auch an dieser Stelle nur von dem Falle der Erhebung der Rechtfertigungsklage; für die hier gewählte Fassung und Interpretation sind die unmittelbar vorher besprochenen Gründe maßgebend.

Wenn aber bei der Tagsatzung nach § 45 Grdb.-Ges. der Nachweis der Rechtfertigung oder der Offenhaltung der Frist nicht geliefert werden kann, dann ist die Löschung der Vormerkung zu bewilligen.

Die Kosten hat in diesem Falle der Vormerkungswerber zu tragen. Dies gilt nicht nur, falls eine sicherstellungsweise Exekution eingestellt wird (gemäß der ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift des § 376 E. O.), sondern auch in allen anderen Fällen, und zwar schon zufolge der Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über Schadenersatz und Handeln auf eigene Gefahr. Unseres Erachtens wird, da die Vormerkung meist zur Sicherung des vorgemerkten Anspruches erfolgt, auch die Analogie zu § 376 E. O. herangezogen werden können. Die Plenissimarentscheidung des obersten Gerichtshofes vom 6. Mai 1902, zur Z. 12.567 ex 1898, Amtl. Slg. Nr. 607 (mit besonders beachtenswerter Begründung) entscheidet die Frage ebenfalls im Sinne der Kostenersatzpflicht des Vormerkungswerbers; diese Entscheidung wendet auf die außerhalb des Exekutionsverfahrens liegenden Fälle nicht die Analogie zu § 376 E. O., sondern nur die Vorschriften des Zivilrechts und bezüglich der Tagsatzung die Analogie zur Zivilprozeßordnung an.

Wie steht es mit der Kostenersatzpflicht, wenn bei der Tagsatzung der Nachweis der Rechtfertigung erbracht und der Löschungsantrag infolgedessen abgewiesen wird? Gemäß den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes und mit Rücksicht

[3]) Z. B. Zurückweisung einer Berufung, wodurch das Urteil vollstreckbar wird.

auf die Analogie der Prozeßordnung dürfte, obwohl das Verfahren ein außerstreitiges ist, der die Vormerkung Anfechtende (der „Pränotat") kostenersatzpflichtig sein.

Wer ist zur Anfechtung einer Vormerkung nach § 45 Grdb.-Ges. legitimiert? Die Forderung Exners[4]), daß diese Befugnis auf den jeweiligen Bucheigentümer und die nachfolgenden Hypothekargläubiger auszudehnen sei, ist nunmehr fast vollständig verwirklicht worden. Dem jeweiligen bücherlichen Eigentümer müssen an und für sich alle auf die Liegenschaft bezüglichen Rechte seines Vormannes zustehen. Sowie er die actio negatoria anstrengen kann, um die Erlöschung oder das Nichtvorhandensein einer von einem Dritten beanspruchten Servitut geltend zu machen, ebenso kann er das Verfahren nach § 45 Grdb.-Ges. anhängig machen, d. h. das Löschungsgesuch einbringen, um das Nichtbestehen des vorgemerkten Pfandrechtes geltend zu machen. Den nachfolgenden Hypothekargläubigern aber, deren Vorrückungsrecht von der Löschung der vorgemerkten Forderung abhängt, hat nunmehr Art. XXVIII des Einführungsgesetzes zur Exekutionsordnung die Befugnis eingeräumt, „das dem Eigentümer der Liegenschaft infolge Zahlung oder aus anderen Gründen zustehende Recht auf Löschung der Hypothekarforderung im Rechtswege oder durch Einleitung des Amortisierungsverfahrens geltend zu machen": allerdings nur, soweit ihre Forderung vollstreckbar ist. Es macht keinen Unterschied, ob ein vollständig oder ein unvollständig entwickeltes Pfandrecht für diese nachfolgenden Hypothekargläubiger im Grundbuche haftet (Worte des Gesetzes: „Jeder Gläubiger, für dessen vollstreckbare Forderung auf einer Liegenschaft ein Pfandrecht begründet ist, oder wegen dessen Forderung Exekution auf eine Liegenschaft stattfindet" . . .).

[4]) „Östreichisches Hypothekenrecht" S. 212.

Es kann demnach der Inhaber einer vollstreckbaren Hypothekarforderung jedenfalls, eventuell kraft des argumentum a majore ad minus (wofern man das Wort „Rechtsweg" für gleichbedeutend mit Prozeß hält) die Löschung einer ihm vorgehenden Pfandrechtsvormerkung nach § 45 Grdb.-Ges. erwirken.

Fischer-Colbrie[5]) macht mit vollem Rechte darauf aufmerksam, daß denjenigen Nachhypothekaren, deren Forderungen nicht vollstreckbar sind, die negative Feststellungsklage unter den Voraussetzungen des § 228 Z. P. O. offen steht; allerdings würde der Nachweis des Interesses an der alsbaldigen Feststellung in strengster Weise gefordert werden müssen, was mit der Praxis der österreichischen Gerichte im Einklange steht. Schon deshalb kann der schwerfällige und gefahrvolle Prozeßweg kein Ersatz für das Verfahren nach § 45 Grdb.-Ges. gegenüber Vormerkungen sein. Es scheint aber, daß man denjenigen Hypothekargläubigern, deren Forderungen nicht vollstreckbar sind, im Sinne des Art. XXVIII Einf.-Ges. zur E. O. das Recht zur Einbringung des Löschungsantrages bezüglich der vorhergehenden Vormerkung versagen muß (argumentum a contrario).

Ein Recht des nachstehenden Fruchtnießers und überhaupt aller im Grundbuche ersichtlichen Interessenten auf Löschung einer Pfandrechtspränotation mangels Rechtfertigung ist derzeit nicht anerkannt. Exner hat eine extensive Interpretation in diesem Sinne befürwortet,[6]) und de lege ferenda sprechen überwiegende Gründe für diese Ansicht. De

[5]) „Die Anfechtung von Hypotheken durch Nachhypothekare nach österreichischem Rechte", Wien, 1902, S. 73. Den Fall des § 45 Grdb.-Ges. hat Verfasser allerdings in dieser Schrift nicht speziell erörtert gefunden, wohl deshalb, weil dieselbe in erster Linie die prozessuale Anfechtung, das Amortisierungs- und Verteilungsverfahren im Auge hat.

[6]) Das östreichische Hypothekenrecht S. 212.

lege lata aber steht Art. XXVIII Einf.-Ges. zur E. O. dieser Meinung entgegen, da ja nur den Inhabern vollstreckbarer Forderungen das Recht zur Anfechtung einer Pfandforderung eingeräumt ist. Freilich richtet der Löschungsantrag nach § 45 Grdb.-Ges. seine Spitze nur gegen ein „bedingtes", nicht gegen ein unbedingtes, definitives Pfandrecht.

Selbst wenn ein solches Löschungsgesuch nicht eingebracht wird, hindert das Unterbleiben der Rechtfertigung die Wirkung der Hypothek, dem Gläubiger die Befriedigung aus dem Pfandobjekte zu verschaffen. Nur kann, falls infolge der Versteigerung der Liegenschaft die Rechtfertigung unmöglich geworden ist, dieselbe durch den Nachweis suppliert werden, daß das Verfahren zur Rechtfertigung der Vormerkung schon eingeleitet oder die Frist hiezu noch nicht abgelaufen ist. Dies bestimmt für die Meistbotverteilung § 228 E. O.: „Bücherliche Vormerkungen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn spätestens bei der letzten Verteilungstagsatzung nachgewiesen wird, daß das Verfahren zur Rechtfertigung der Vormerkung sich im Zuge befindet, oder wenn zu dieser Zeit die Frist für die Einleitung dieses Verfahrens noch nicht abgelaufen ist."

Bei einer Zwangsverwaltung kann eine Analogie zu diesem in § 228 E. O. bezeichneten Ausnahmsfalle wohl nur als eine ganz besondere Seltenheit vorkommen. Steht die verwaltete Liegenschaft noch im Eigentume des Verpflichteten, dann trifft die im vorigen Absatze erwähnte ratio der ausnahmsweisen Berücksichtigung einer vorgemerkten Forderung nicht zu. Das Kapital einer vorgemerkten Forderung kann überhaupt nicht in Frage kommen; denn das Kapital einer Forderung kann nur bei der Verteilung der Ertragsüberschüsse, und zwar nur dann aus der Zwangsverwaltung befriedigt werden, wenn der Forderungsberechtigte betreibender Gläubiger ist (§ 125 E. O.); hiezu bedarf es der Vollstreckbarkeit der Forderung, welche nicht wohl ohne gleichzeitige Rechtfertigung der Vormerkung denkbar ist; das Unter-

bleiben der Anmerkung der Rechtfertigung in solchen Fällen würde geradezu eine kulpose Nachlässigkeit zur Voraussetzung haben. Die unmittelbare Berichtigung von Zinsen oder Annuitäten bloß vorgemerkter Forderungen durch den Zwangsverwalter ist ausgeschlossen, da nach dem Wortlaute des § 120, Z. 5, E. O. diese Berichtigung nur bei „unangefochtenen“ Forderungen zulässig ist. Es erübrigt somit die Möglichkeit der Berücksichtigung von Zinsen oder Annuitäten einer bloß vorgemerkten Forderung nur in überaus seltenen Fällen, in denen folgende Voraussetzungen zutreffen müssen: Eine Liegenschaft steht in Zwangsverwaltung; gleichzeitig wird das Versteigerungsverfahren eingeleitet und die Liegenschaft versteigert [7]); hierauf findet die Meistbotverteilung statt; erst nach dieser die Verteilung der Ertragsüberschüsse; bei dieser gelangen vor Erschöpfung der Verteilungsmasse Forderungen von Privatpersonen [8]) zur Anmeldung, für welche eine nicht „gerechtfertigte“ Vormerkung auf der Liegenschaft haftet; die Frist zur Rechtfertigung dieser Forderungen ist aber noch nicht abgelaufen oder das Verfahren zur Rechtfertigung befindet sich im Zuge. Man wird zugestehen, daß derartige Fälle kaum praktische Bedeutung haben dürften.

Ein unentwickeltes Pfandrecht, dessen Rechtssubjekt noch gar nicht feststeht, wird durch die Anmerkung der Rangordnung für die Verpfändung begründet. Dieses Pfandrecht befindet sich gleichsam noch im embryonalen Zustande; merkwürdige Ähnlichkeiten in der Behandlung des noch ungeborenen Menschen und dieses noch unentwickelten Rechtes seitens der österreichischen Gesetzgebung lassen diesen Ausdruck nicht nur als bloße Phrase erscheinen.

Dieses „unentwickelte Pfandrecht“ ist noch kein Pfand-

---

[7]) Nach der Versteigerung erfolgt die Enthebung des Zwangsverwalters und Ernennung eines „einstweiligen Verwalters“.

[8]) Bezüglich öffentlichrechtlicher Forderungen siehe oben bei Anmerkung 1.

recht — so wenig wie der Fötus im rechtlichen Sinne ein Mensch, eine physische Person ist. Gleichwohl kann es Wirkungen gegenüber anderen Rechten haben — etwa wie die Rechte der Ungeborenen auch gegenüber den Rechten Dritter wirksam werden können. Das unentwickelte Pfandrecht wirkt insbesondere gegenüber den Hypothekargläubigern (§ 56 Grdb.-Ges., Abs. 2); gegenüber dem Rechtsnachfolger des Pfandschuldners, z. B. gegenüber einem „freihändigen" Käufer (derselbe § 56 Grdb.-Ges., Abs. 2); unter bestimmten Voraussetzungen selbst gegenüber der Konkursmasse des Pfandschuldners (§ 56, Abs. 3 Grdb.-Ges.). Insbesondere bleibt diesem unentwickelten Pfandrechte seine Rangordnung gewahrt — ähnlich wie etwa dem Ungeborenen sein Recht auf gesetzliche Erbfolge.

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß dieses unentwickelte, also im Sinne der Rechtsordnung noch nicht existierende Pfandrecht keine Wirkungen im Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren haben kann.

Immerhin können durch dieses Rechtsinstitut einige wirtschaftliche Vorteile für den Grundeigentümer, die im Deutschen Reiche durch die Eigentümerhypothek erzielt werden, erreicht oder doch teilweise ersetzt werden. Die Wirksamkeit der Anmerkung der Rangordnung ist auf sechzig Tage nach Bewilligung derselben beschränkt (§ 55 Grdb.-Ges.). Ihre Anwendung in der Praxis ist verhältnismäßig häufig.

Das unvollständig (einseitig) entwickelte Hypothekarrecht, welches sein Dasein der Exekutionsordnung verdankt, wird durch eine Eintragung ins öffentliche Buch in der Form einer Anmerkung begründet. Diese ist, wenn ein unvollständig entwickeltes Hypothekarrecht ad fructus im Zwangsverwaltungsverfahren eingetragen werden soll, die „Anmerkung der Zwangsverwaltung"; wenn ein unvollständig entwickeltes Pfandrecht im Versteigerungsverfahren

eingetragen werden soll, die „Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens“. Nur durch die Eintragung dieser Anmerkungen, nicht etwa durch Bewilligung der Exekutionshandlungen oder Zustellung der Beschlüsse, wird ein Recht an Liegenschaften erworben, welche einen Gegenstand des Grundbuches bilden[9]): Dies ergibt sich aus §§ 98 Abs. 2, 103, 104; dann §§ 134 Abs. 2, 135, 136 Abs. 4, 139, 165, 201, 206 Abs. 2, 208 und 213 E. O. Diese Paragraphen sind analog auf Objekte des Berg- und des Eisenbahnbuches anzuwenden.

Die Rangordnung dieser unvollständig entwickelten Pfandrechte gegenüber allen anderen bücherlichen Rechten, auch im gegenseitigen Verhältnis zueinander, bestimmt sich gleichfalls lediglich nach dem Zeitpunkte der Eintragung (§§ 104, 125 Abs. 1; 201, 206 Abs. 2; 208, 216 Abs. 4 E. O.). Die analoge Anwendung dieser Norm auf die Rangordnung der an einem Bergbau erworbenen Rechte ist durch die Exekutionsordnung selbst (in den einleitenden Worten des § 246 E. O.) vorgeschrieben.

Daß das unvollständig entwickelte Pfandrecht, welches bisher „Befriedigungsrecht“ genannt wurde, auf das öffentliche Buch gegründet und somit ein Hypothekarrecht ist, wird demnach kaum bestritten werden können. Wie bereits früher erwähnt,[10]) mangelt diesem Hypothekarrechte aber die Verkehrsfähigkeit. Das vollständig entwickelte Pfandrecht kann durch bücherliche Eintragungen an ein anderes Rechtssubjekt übertragen werden. Diese Übertragung kann in Fällen einer

---

[9]) In dieser Hinsicht unterscheidet sich das geltende Gesetz wesentlich von der Regierungsvorlage, nach welcher ein Befriedigungsrecht durch die Bewilligung der Exekution, beziehungsweise durch das Einlangen des Ersuchens um den Exekutionsvollzug beim Exekutionsgerichte, hätte begründet werden können; vgl. oben Anm. 8 in dem Kapitel „Allgemeines; das sogenannte Befriedigungsrecht als unvollständig entwickeltes Pfandrecht“.

[10]) In dem in der vorigen Anmerkung zitierten Kapitel.

irrtümlichen, rechtskräftig gewordenen Eintragung selbst ohne gleichzeitige Übertragung der Forderung erfolgen. Das vollständig entwickelte Pfandrecht kann ferner als solches — selbst wenn die Forderung, für welche es bestellt ist, nicht entstanden[11]) oder bereits erloschen ist — durch bücherliche Eintragung mit Afterpfandrechten belastet werden. Das unvollständig entwickelte Pfandrecht hingegen steht im innigsten Zusammenhange mit der Forderung, deren Befriedigung[12]) es ermöglichen soll. Es kann nur insofern übertragen oder belastet werden, als diese Forderung übertragen oder belastet wird. Eine Übertragung oder Belastung einer vollstreckbaren Forderung, für welche nur ein unvollständig entwickeltes Pfandrecht (Befriedigungsrecht) auf einer Liegenschaft haftet, erfolgt jedoch nicht durch eine bücherliche Eintragung. Vielmehr sind die gewöhnlichen Normen über Zession und Forderungspfändung, beziehungsweise -Verpfändung anzuwenden.

Insbesondere wird ein gerichtliches Pfandrecht nicht

---

11) Z. B. in den Fällen der Kredit- und der Kautionshypothek.

12) Nicht etwa „Sicherstellung". Wohl erwähnt § 374 E. O. eine Zwangsverwaltung „zur Sicherung von Geldforderungen", § 382 E. O. eine Verwaltung von Liegenschaften als einstweilige Verfügung zur Sicherung anderer Ansprüche. Erstere Gesetzesstelle aber gewährt diese Sicherung nur für die Zeit, bis „die Vollstreckbarkeit der Forderung . . . . . eingetreten ist oder die behufs Sicherung bewilligten Exekutionshandlungen aufgehoben worden sind" (so § 374 E. O. Schlußsatz); letztere Gesetzesnorm nur für eine zu bestimmende Frist zur Klage oder zum Exekutionsantrage (§ 391 E. O.) oder bis zum Eintritte eines der in § 399 E. O. aufgezählten Aufhebungsgründe. Überdies können derartige einstweilige Verfügungen nur behufs Verfolgung oder Verwirklichung des Anspruches, Verhütung drohender Gewalt oder unwiederbringlichen Schadens erfolgen (§ 381 E. O.). Es handelt sich demnach in diesen beiden Fällen um Sicherung der Exekution behufs Befriedigung der Forderung — nicht um eine — auf längere Zeit berechnete — „Sicherstellung der Forderung".

durch Einverleibung des Afterpfandrechtes auf ein Befriedigungsrecht erworben. Nach der Spezialnorm des § 320 E. O. ist nämlich nur zur Pfändung von Forderungen, „für die auf einer Liegenschaft oder einem Liegenschaftsanteile ein Pfandrecht bücherlich einverleibt ist", die Einverleibung des (After-) Pfandrechtes in dem öffentlichen Buche erforderlich. Das Befriedigungsrecht (unvollständig entwickelte Pfandrecht) wird, wie oben ausgeführt ist, nicht durch eine Einverleibung, sondern durch die Anmerkung der Zwangsverwaltung oder der Einleitung des Versteigerungsverfahrens begründet. Da nun die Spezialnorm des § 320 E. O. als solche strenge auszulegen ist, findet sie auf Forderungen, zu deren Gunsten nur eine solche Anmerkung bücherlich haftet, keine Anwendung. In gleichem Sinne äußerte sich das Justizministerium in der sogenannten „Fragebeantwortung" zu § 320 E. O.

Da § 4 Grdb.-Ges. erklärt: „Die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung der bücherlichen Rechte wird nur durch die Eintragung derselben in das Hauptbuch erwirkt", ist das unvollständig entwickelte Pfandrecht kein „bücherliches Recht" im Sinne des Grundbuchsgesetzes, obwohl es ein Hypothekarrecht ist.[13]) Die Erklärung liegt darin, daß eben zur Zeit der Abfassung des Grundbuchsgesetzes dieses erst durch die Exekutionsordnung ins Leben gerufene Recht hierzulande noch gar nicht bekannt war. Als Pfandrecht ist es zweifellos ein „dingliches Recht" im Sinne des § 9 Grundb.-Ges.; im übrigen ist für dieses neue Recht die Terminologie des im Jahre 1871 erschienenen Grundbuchsgesetzes ziemlich bedeutungslos.

---

[13]) Vgl. oben „Allgemeines; das sogenannte Befriedigungsrecht als unvollständig entwickeltes Pfandrecht" (S. 26) und speziell Anm. 12. Ebenso schon Pfaff-Krainz-Ehrenzweig III. Aufl. S. 764 betreffs der „nicht bücherlichen" Befriedigungsrechte, hingegen anders betreffs der Natur dieser Rechte.

Beschränkung.

Die Beschränkung des Pfandrechts berührt sich in manchen Fällen sehr nahe mit der Endigung des Pfandrechts. So ist z. B. die Beschränkung eines Simultanpfandrechts auf eine Einlage gleichbedeutend mit der Endigung des Pfandrechts in den anderen Grundbuchseinlagen.[14])

Die Form der Beschränkung des vollständig und des unvollständig entwickelten Pfandrechts ist dieselbe. Die Eintragung in das Hauptbuch des Grundbuches, welche hiezu notwendig ist, ist in beiden Fällen eine Anmerkung. Eine Beschränkung des unentwickelten Pfandrechts, welches durch die Anmerkung der Rangordnung für die Verpfändung begründet wird, ist nur denkbar als Herabsetzung des Maximums der Pfandsumme, für welche ein Hypothekarrecht in der angegebenen Rangordnung erworben werden kann. Dieser Fall kommt in der Praxis begreiflicherweise kaum vor; es müßte diese Beschränkung ebenfalls in der Form einer Anmerkung erfolgen.

Fälle der Beschränkung eines vollständig und ebenso eines unvollständig entwickelten Pfandrechtes sind: Freilassung eines von mehreren simultan gepfändeten Grundbuchskörpern (besonders als Fall der Einschränkung der Exekution nach § 41 E. O.[15]) „auf Antrag" oder „von Amts

---

[14]) So reiht Krainz-Pfaff-Ehrenzweig den Fall der Einschränkung der Exekution nach § 96 E. O. — offenbar in derselben Erwägung — unter die Fälle der Erlöschung des Pfandrechts an Immobilien ein (System, III. Aufl., 1. Bd. S. 55).

[15]) Bezüglich des vollständig entwickelten gerichtlichen Pfandrechtes kann auch insbesondere nach § 96 E. O. eine Einschränkung des durch zwangsweise Pfandrechtsbegründung an mehreren Liegenschaften erworbenen Simultanpfandrechtes auf eine dieser Liegenschaften angeordnet werden, wenn das verbleibende Pfandrecht mindestens Pupillarsicherheit gewährt. Dies gilt auch von Liegenschaftsanteilen.

wegen"); Verringerung der Pfandsumme (diese Beschränkung kann in Form der „teilweisen Löschung" erfolgen); usw. usw.

Einer besonderen Hervorhebung bedarf der Fall, in welchem statt des eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahrens auf Antrag des Verpflichteten die Zwangsverwaltung einer Liegenschaft angeordnet wird (§ 201 E. O.). Das Versteigerungsverfahren wird hiebei „aufgeschoben". Ist nur ein unvollständig entwickeltes Pfandrecht begründet, so hat das Zwangsverwaltungs-„Befriedigungsrecht" den Rang der Anmerkung der „Einleitung des Versteigerungsverfahrens"; es ist sonach das unvollständig entwickelte Pfandrecht als solches erhalten geblieben. (Näheres hierüber oben im Kapitel über „das Befriedigungsrecht als unvollständig entwickeltes Pfandrecht".) Die Ausübung dieses unvollständig entwickelten Pfandrechtes ist aber nun in gleicher Weise beschränkt, wie jene eines vollständig entwickelten Hypothekarrechtes durch die Anmerkung, daß es nur „ad fructus" der Liegenschaft ausgeübt werden darf.

Endigung.

Die Endigung des Hypothekarrechts erfolgt in allen Fällen unterschiedslos durch die bücherliche Löschung.

Ein Unterschied wird lediglich in der Form gemacht, in welcher die Eintragung der Löschung in das Grundbuch erfolgt: Die Löschung wird „einverleibt", wenn das Hypothekarrecht „einverleibt" oder „vorgemerkt" war, hingegen „angemerkt", wenn dieses Recht bloß „angemerkt" war. — Auf Grund einer Urkunde, welche die allgemeinen Erfordernisse zur grundbücherlichen Eintragung (§§ 26, 27 Grdb.-Ges.), aber nicht alle besonderen Erfordernisse zur Einverleibung besitzt, kann die Löschung „vorgemerkt" werden. Diese Vormerkung gilt ebenso wie jede andere Vormerkung als „bedingte" Eintragung (§ 8 Z. 2 Grdb.-Ges.), welche im Falle späterer Rechtfertigung der Einverleibung gleichsteht.

Aus den vorangegangenen Ausführungen im Zusammenhalte mit diesen grundbuchsgesetzlichen Bestimmungen ergibt sich:

Die Löschung eines vollständig entwickelten Pfandrechtes wird „einverleibt". Die Vormerkung mit nachfolgender Rechtfertigung ist, wie schon gesagt, der Einverleibung gleichzuhalten. Die Löschung eines unvollständig entwickelten Pfandrechtes (eines „Befriedigungsrechtes") wird „angemerkt". Dies geschieht in der Form, daß die „Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens" oder die „Anmerkung der Zwangsverwaltung" gelöscht wird.[16]) In ähnlicher Weise wird auch die Löschung eines „unentwickelten Pfandrechts" vorgenommen, indem die „Anmerkung der Rangordnung für die Verpfändung" gelöscht wird.

Schlußbemerkung: Verfahren auf Antrag und von Amts wegen.

Keiner besonderen Hervorhebung bedarf die Erscheinung, daß die Anmerkungen und Löschungen des „unvollständig entwickelten" Pfandrechts vielfach „von Amts wegen", ohne einen Antrag oder ein Ansuchen einer Partei erfolgen. Der § 76 des Grundbuchsgesetzes: „Das Grundbuchsgericht verordnet, außer den in diesem Gesetze bestimmten Fällen, Eintragungen nicht von Amts wegen, sondern nur auf Ansuchen von Parteien oder Behörden" ist schon durch die Ausnahmsbestimmungen des Gesetzes vom 23. Mai 1883, Nr. 82 R. G. Bl., wesentlich eingeschränkt worden. So haben nach dem letztgenannten Gesetze (§ 2) die grundbücherlichen Eintragungen der durch eine Verlassenschaftsabhandlung festgestellten Rechte v o n A m t s w e g e n stattzufinden, wenn

[16]) Die bezügliche Grundbuchseintragung hätte z. B. zu lauten: „Zufolge Beschlusses . . . wird die Löschung der in C Postzahl 10 (für die vollstreckbare Forderung des Peter N. per 10.000 *K* s. Anh.) haftenden Anmerkung der Zwangsverwaltung a n g e m e r k t".

innerhalb sechs Wochen nach Rechtskraft der Einantwortung die Beteiligten kein entsprechendes Ansuchen stellen. Ja sogar die erforderlichen Urkundenabschriften werden, falls die Parteien solche nicht rechtzeitig beibringen, von Amts wegen hergestellt, und es wird lediglich von den Parteien eine erhöhte Gebühr [17]) — die den Charakter einer Strafgebühr trägt — dafür eingehoben.

Die Exekutionsordnung hat die Ausnahmen von der Regel des § 76 Grundb.-Ges. nun noch um eine stattliche Anzahl von Fällen vermehrt. Dies kann nach dem Gesagten um so weniger auffallen, als der Vollzug einer bewilligten Exekution nach § 16 E. O. in der Regel von Amts wegen erfolgt; demnach entsprechen die „grundbücherlichen Eintragungen von Amts wegen" ganz dem Charakter des österreichischen Exekutionsverfahrens.

Die Eintragungen, welche unvollständig entwickelte Pfandrechte betreffen, finden im Exekutionsverfahren auch ohne einen formellen Antrag auf Bewilligung der bezüglichen Anmerkung statt. Die Anmerkungen der Zwangsverwaltung und der Einleitung des Versteigerungsverfahrens werden von dem exekutionsbewilligenden Gerichte; die sonstigen Anmerkungen, welche auf „Befriedigungsrechte" Bezug haben, werden vom Exekutionsgerichte bewilligt, beziehungsweise angeordnet (so insbesondere die Löschungen). Ist das betreffende Gericht zugleich Grundbuchsgericht, so trägt es der Grundbuchsabteilung (dem Grundbuchsamte) unmittelbar den Vollzug dieser Anmerkungen auf; andernfalls hat es um den Vollzug derselben das zuständige Grundbuchsgericht zu ersuchen.

---

[17]) Die „doppelte für amtlich beglaubigte Abschriften bestimmte Gebühr" (§ 2 l. c).

Systematische Einzeldarstellung des Hypothekarrechts.

Vollständig entwickeltes Hypothekarrecht.

I. Singular-, Simultan- und Kollektivpfandrecht.
Die österreichische Kollektivhypothek für Teilschuldverschreibungen.

Das Hypothekarrecht kann für eine Forderung an einem Objekte; für eine Forderung an mehreren Objekten; für mehrere Forderungen an einem Objekte; für mehrere Forderungen an mehreren Objekten begründet sein.

Das Pfandrecht an einem Objekte heißt in der österreichischen Rechtssprache seit längerer Zeit Singularpfandrecht; jenes an mehreren Objekten Simultanpfandrecht.

Gewöhnlich ist ein Pfandrecht nur für eine Forderung begründet. Diese Forderung steht dann entweder nur einer Person oder mehreren mit Namen bezeichneten Personen nach bestimmten Teilen zu, welche aus dem Grundbuche ersichtlich sind.

Außerdem aber gibt es Fälle, in denen eine Vielheit von Personen Pfandgläubiger ist: in der Weise, daß jeder dieser Personen eine Forderung zusteht, und für alle diese Forderungen ein gemeinsames Pfandrecht begründet ist. Die österreichischen Gesetze enthalten besondere Normen, kraft deren die Geltendmachung dieses Pfandrechtes nur für die Gesamtheit dieser Forderungen erfolgen kann.

Die einzelnen Forderungen sind regelmäßig an eine Schuldverschreibung geknüpft, welche auf Inhaber lautet oder durch Indossament übertragbar ist. Das gemeinsame Pfandrecht ist meistens — nicht immer, wie noch unten gezeigt werden wird — ein Hypothekarrecht, und zwar ein vollständig entwickeltes Hypothekarrecht. Die österreichische Gesetzgebung hat nur in dieser Form ein Rechtsinstitut zugelassen, das zweifellos — vom volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte aus betrachtet — charakteristische Merkmale der Briefhypothek aufweist.[1] Der durchgreifende juristische Unterschied beruht eben auf der Gemeinsamkeit dieser Hypothek des österreichischen Rechtes für eine Anzahl von Forderungen und der dadurch bedingten Form der Geltendmachung des Pfandrechtes. Die einzelnen Pfandforderungen stehen den jeweiligen Besitzern von Teilschuldverschreibungen (Teilobligationen) zu. Nach Brunner sind Teilobligationen „Inhaberpapiere, welche von Privatkorporationen oder von einzelnen Personen zu gleichem Zwecke" — man kann hinzufügen: in der Regel zur selben Zeit — „ausgegeben werden".[2])

Zur Emission der auf Inhaber lautenden Teilschuldverschreibungen ist nach österreichischem Rechte ein Privileg

---

[1]) Brunner in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes, Leipzig 1882, II. Bd. (S. 150) zählt den Hypothekenbrief zu den sachenrechtlichen Wertpapieren. — Kuntze, „Die Lehre von den Inhaberpapieren" (Leipzig 1857) erwähnt, daß schon in Urkunden des Mittelalters (des 13.—15. Jahrhunderts) die „Wendung der Klausel" sich findet: „Wer die hantfest inhat, dem soll man die Gult antworten". (S. 29 a. a. O.). Diese Ausdrucksweise scheint auf ein Inhaberpapier, mit dem ein Pfandrecht verknüpft war (vielleicht eine Art formlos übertragbaren Hypotheken- oder Grundschuldbriefs?) hinzudeuten. — Die Briefhypothek des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 1116 ff.) ist ausführlich geregelt; der Hypothekenbrief hat jedoch nicht den Charakter eines Inhaberpapiers (§ 1154).

[2]) Brunner a. a. O. in der Abhandlung „Die Wertpapiere" (S. 141 ff.), S. 202.

erforderlich, schon aus dem Grunde, weil nach § 1001 a. b. G. B. in einem Schuldscheine nach der allgemeinen Gesetzesnorm der Gläubiger genannt sein müßte.[3])

Es können aber auf österreichischem Staatsgebiete auch pfandbedeckte Teilschuldverschreibungen, die „an die Ordre" einer mit Namen bezeichneten Person lauten und durch Indossament übertragbar sind, ausgegeben werden.

Die österreichische Gesetzgebung beschäftigt sich, soweit sie das Pfandrecht für Teilschuldverschreibungen regelt, fast ausschließlich mit dem Hypothekarrecht. Die bezüglichen Gesetze sind älter als die Exekutionsordnung. Es erscheint daher angezeigt, die Erörterung dieser Art des Pfandrechtes in den Abschnitt über das vollständig entwickelte Hypothekenrecht einzureihen.

Diese Form des Pfandrechtes begegnet uns insbesondere bei den Prioritätsobligationen[4]) und den Pfandbriefen. Eine technische Bezeichnung hiefür ist, soweit dem Verfasser bekannt, bisher nicht in Übung. Es sei hiemit der Ausdruck „Kollektivpfandrecht" in Vorschlag gebracht.

Der Gegenstand des Kollektivpfandrechtes kann ebenso mannigfaltig sein wie der des Pfandrechtes überhaupt. Gegenstand der Kollektivhypothek können alle Gegenstände des Hypothekarrechtes sein. Insbesondere erscheint das Kollektivpfandrecht auch als Afterpfandrecht.

Jene Teilschuldverschreibungen, die durch ein gemeinsames Pfandrecht an Hypothekarforderungen (demnach durch ein gemeinsames Afterhypothekarrecht) gesichert sind, heißen Pfandbriefe. Übrigens kann zu diesem Afterpfandrechte (wie in der speziellen Erörterung über Pfandbriefe noch zu er-

---

[3]) Dies ist von Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, „System", 3. Aufl. I. Bd. S. 814, dargetan worden.

[4]) Schon Exner („Das östreichische Hypothekenrecht". S. 377, Anm. 5) spricht von einem „Pfandrechtsanteil" der einzelnen Teilobligationen.

wähnen sein wird) auch das Pfandrecht an anderen Pfandobjekten, z. B. an Geld oder Wertpapieren, treten. Die Teilschuldverschreibungen, mit welchen ein Pfandrecht an einer Eisenbahn oder daran bestehenden Rechten verbunden ist, werden gewöhnlich „Prioritätsobligationen" oder „Prioritäten" genannt.

Es gibt übrigens noch andere Teilschuldverschreibungen, für welche Kollektivpfandrechte eingeräumt werden. Ein Teil dieser Kollektivpfandrechte hat den Ertrag von Unternehmungen und staatlichen Regalien zum Gegenstande. Vielfach ist allerdings die Ausübung dieser Pfandrechte durch den Anleihevertrag (Wortlaut des Prospektes, des Textes der Schuldverschreibungen usw.) oder durch finanzrechtliche Bestimmungen beschränkt. Eine ganze Anzahl von Anlehen wurde in der Weise aufgenommen, daß für Schuldverschreibungen („Obligationen") derselben ein Kollektivpfandrecht statuiert wurde. Die Schuldverschreibungen dieser Anlehen zählen zum Teil zu den marktgängigen Wertpapieren des inländischen Verkehres: so die Staatsdomänenpfandbriefe [5]), Salinenscheine („Partialhypothekaranweisungen") usw. Von ungarischen Wertpapieren nehmen die Schankregal-Ablösungsobligationen eine ähnliche Stellung ein.

Die Kollektivpfandgläubiger müssen, damit ihre Rechte gewahrt und erforderlichenfalls im gerichtlichen Wege durchgesetzt werden, einen gemeinsamen Vertreter haben. Eingehende Normen hierüber finden sich in jenen österreichischen Gesetzen, die das Recht der Kollektivhypothek regeln. Es sind dies: 1. das Gesetz vom 24. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl. betreffend die gemeinsame Vertretung der Rechte

[5]) Über die Besonderheiten dieser von der Bodenkreditanstalt emittierten Wertpapiere, welche auf Grund eines hypothekarisch sichergestellten Staatsanlehens ausgegeben wurden, vgl. die bezüglichen Abschnitte dieser Arbeit.

der Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Teilschuldverschreibungen und die bücherliche Behandlung der für solche Teilschuldverschreibungen eingeräumten Hypothekarrechte; 2. das „Eisenbahnbüchergesetz" vom 19. Mai 1874 Nr. 70 R. G. Bl. in dem Abschnitte über die „Sicherung der Rechte der Besitzer von Eisenbahn-Prioritätsobligationen"; 3. das Gesetz vom 24. April 1874 Nr. 48 R. G. Bl. betreffend die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen, mit dem Ergänzungsgesetze vom 24. April 1877 Nr. 111 R. G. Bl.

Wie schon gesagt wurde, können die einzelnen Forderungen nicht als solche, sondern nur in ihrer Gesamtheit geltend gemacht werden. Als Forderungsberechtigter tritt nach außen hin demnach in der Regel nicht der einzelne Gläubiger auf, sondern eine Gesamtheit von Gläubigern, die Gläubigerschaft. Ähnlich wie im Konkurse die Konkursgläubigerschaft zur Ausübung ihrer Rechte am Vermögen des Gemeinschuldners eines gemeinsamen Vertreters bedarf, muß auch die Kollektivhypothekargläubigerschaft einen solchen erhalten. Derselbe vertritt sie sowohl in einem Konkurse des Pfandschuldners (z. B. der Pfandbriefanstalt, der Eisenbahnunternehmung) als außerhalb eines solchen.[6])

Diese Vertretung kann durch einen gemeinsamen Kurator geleistet werden, der von Fall zu Fall zu bestellen ist. Bezeichnenderweise heißen die oben unter 1. und 3. genannten Gesetze in der österreichischen Gerichtssprache „Kuratorengesetze". Dem Kurator steht öfters ein Ausschuß von Kollektivhypothekargläubigern zur Seite (ähnlich wie im Konkurse der Gläubigerausschuß dem Masseverwalter). Auch der Versammlung sämtlicher Kollektivpfandgläubiger steht nach österreichischem Rechte über gewisse Fragen die

---

[6]) Näheres hierüber folgt in dem Abschnitte über Eisenbahnprioritätsobligationen.

Entscheidung zu[7]) (ähnlich wie der Gläubigerversammlung im Konkurse).

Der Vorgang bei der Bestellung des Kurators ist verschieden, je nachdem es sich um Eisenbahnprioritäten, um Pfandbriefe oder sonstige Teilschuldverschreibungen handelt.

Natürlicherweise aber ist diese Art der Vertretung durch einen Kurator in Fällen von geringerer Bedeutung zu schwerfällig und zu kostspielig. Daher mußte noch eine andere Art der Vertretung gesetzlich festgestellt werden: um so mehr, da das österreichische Kollektivpfandrecht in engster Verbindung mit Instituten vorzukommen pflegt, die mitten im regsten Verkehrsleben stehen und bei denen eine größere Elastizität durch die Interessen der Volkswirtschaft erfordert wird.

Insbesondere mußte eine ständige Vertretung für solche Fälle geschaffen werden, die alltäglich sich ereignen, und in welchen sowohl die Interessen der Kollektivpfandgläubiger zu wahren als auch fremde Interessen, die ohne

[7]) So wurde in der Versammlung der Besitzer der dreiprozentigen Südbahn-Prioritäten am 11. Mai 1903 bezüglich des Tilgungsplanes eine „Konzession" an die Südbahn beschlossen, um die Finanzlage derselben zu sichern. (Die Tilgung durch Verlosung sollte nicht so rasch erfolgen, als es der ursprüngliche Plan verlangte; d. h. es wurde die Zeit, für welche die Inhaber der einzelnen Obligationen als Hypothekargläubiger das Darlehen zu 3% durchschnittlich gewähren und nach welcher sie eine sofort fällige Forderung auf den vollen Nominalbetrag haben, verlängert). Der Beschluß wurde über Antrag des Kurators und der Vertrauensmänner mit einer Mehrheit von 1,191.892 gegen 18.417 Stück Prioritäten gefaßt. Der Revisionsrekurs, welcher gegen die diesem Beschlusse entsprechenden Entscheidungen der Gerichte von einem Vertreter der Minorität erhoben wurde, wurde vom Obersten Gerichtshofe unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Beschluß der Versammlung der Prioritätenbesitzer zurückgewiesen. (Die wichtigsten Entscheidungsgründe sind in der „Neuen Freien Presse" vom 15. September 1903, Nr. 14.027, Seite 11 unter dem Titel „Der Oberste Gerichtshof über die Sanierung der Südbahn" abgedruckt.)

Zustimmung eines Vertreters der Kollektivpfandgläubiger nicht geltend gemacht werden können, zu beachten sind.

Daher verleihen einige österreichische Gesetze einem ständigen Regierungskommissär die Stellung und die Befugnisse eines gesetzlichen Vertreters je einer Gesamtgruppe von Kollektivpfandgläubigern. Analoges gilt von dem Landeskommissär oder Landesausschuß bei Landesanstalten, welche Pfandbriefe ausstellen; dieser Funktionär — über welchen in der Lehre vom Pfandbriefrechte noch zu sprechen sein wird — ist dem Regierungskommissär im Bereiche seiner diesbezüglichen Amtstätigkeit vollkommen gleichgestellt. Der Regierungskommissär ist gleichsam curator necessarius der Kollektivhypothekargläubiger: seine Befugnisse fließen aus dem Gesetze, sind darum unbeschränkbar; er kann nicht von den Gläubigern, die er vertritt, sondern nur von der Regierung seiner Funktion enthoben werden; seine Erklärungen wirken ohneweiters auf die Rechte der einzelnen Kollektivpfandgläubiger zurück und können von diesen weder widerrufen noch abgeändert werden. (Um letzteres zu ermöglichen, müßte ein diesbezüglicher Vorbehalt in die Erklärung aufgenommen werden; dann aber wäre die Erklärung resolutiv bedingt und die Nichtgenehmigung derselben durch die Gläubiger das Eintreten einer Resolutivbedingung, keine Abänderung im juristischen Sinne.)

Die Stellung des Regierungskommissärs regeln insbesondere: Das Eisenbahnbüchergesetz bezüglich der Prioritätsobligationen und das Gesetz vom 24. April 1874 Nr. 48 R. G. Bl. bezüglich der Pfandbriefe.

Im Deutschen Reiche ist dem nach den §§ 30 ff. des „Hypothekenbankgesetzes“ vom 13. Juli 1899 zu bestellenden „Treuhänder“ ein großer Teil der Funktionen des österreichischen „Regierungskommissärs“ übertragen. Dieses deutsche System hat sich nicht bewährt, wovon man sich schon in den Jahren 1901 und 1902 bei der Zahlungseinstellung

mehrerer preußischer Hypothekenbanken (Preußische Aktien-Hypothekenbank, Deutsche Grundschuldbank, Pommersche Hypotheken-Aktienbank usw.) überzeugen konnte. Ein Vergleich mit dem österreichischen System, das trotz seiner bedeutenden Mängel unseres Erachtens dem deutschen noch immer vorzuziehen ist, soll erst in dem Abschnitte über Pfandbriefrecht Platz finden.

II. Die Singularhypothek; ihre Entstehung; Veränderungen des Rechtszustandes durch die neue Gesetzgebung.

Das Wesen der vollständig entwickelten Singularhypothek — nur von dieser ist im folgenden die Rede — hat sich seit der Erlassung des allgemeinen Grundbuchsgesetzes im Bereiche des österreichischen Rechtes nicht geändert.

Die mehr oder weniger geringfügigen materiellrechtlichen Neuerungen, welche kurz zu erwähnen sind, gelten übrigens auch für die Simultanhypothek. Bei der Kollektivhypothek wird eine „sinngemäße" Anwendung der neuen Gesetze, vor allem der Exekutionsordnung, nur in Ausnahmsfällen möglich sein: Ist ja doch die Kollektivhypothek des österreichischen Rechtes nur als vertragsmäßiges Pfandrecht zugelassen, dem zahlreiche singuläre Normen überdies einen ganz eigenartigen Charakter verleihen.

Die Singularhypothek — und ebenso die Simultanhypothek — entsteht durch Eintragung in das öffentliche Buch (Intabulation), und zwar durch Einverleibung oder Vormerkung, zu welcher nachträglich meist die Rechtfertigung kommt.[1]) Wichtig ist, daß n u r d a s G e r i c h t Eintragungen in das Grundbuch bewilligen darf; „administrative" Hypotheken g i b t e s d a h e r n i c h t — während an beweglichen Sachen bekanntlich auch auf administrativem Wege ein Pfand-

[1]) Siehe oben „Die Grundlinien des formalen Rechtes der Hypothek", Unterabschnitt „Erwerbung, Übertragung, Belastung".

recht erworben werden kann. Eine Einverleibung oder Vormerkung soll laut § 26 Grundb.-Ges. nur auf Grund von Urkunden bewilligt werden, die einen Rechtsgrund enthalten. Ferner müssen diese Urkunden den Formvorschriften des § 27 Grundb.-Ges. entsprechen.

Was ist „Rechtsgrund" zu einer Hypothek? § 449 a. b. G. B. besagt, daß sich der Titel zur Erwerbung des Pfandrechtes „gründet . . . auf das Gesetz; auf einen richterlichen Ausspruch; auf einen Vertrag; oder den letzten Willen des Eigentümers". Zu diesen Titeln müssen wir auch administrative Entscheidungen im weitesten Sinne zählen. Auf die Form derselben kommt es nicht an. So hat z. B. die Urkunde, welche die „Entscheidung" über Steuerrückstände enthält, für die eine Hypothek begründet werden soll, regelmäßig die Form eines „Rückstandsausweises". Ein solcher pflegt außer der Bezeichnung des Verpflichteten nur die ziffermäßigen Beträge der für die einzelnen Perioden entfallenden Steuer, die Art (eventuell Kontozahl) derselben, sowie die Anfangstermine der Verzugszinsen zu enthalten.

Ein auf richterlichen Ausspruch sich gründendes vollständig entwickeltes Hypothekenrecht ist jenes, welches im Exekutionsverfahren durch die „zwangsweise Pfandrechtsbegründung" geschaffen wird (§§ 87 und 88 E. O.). Bei der Einverleibung [2]), durch die ein solches Pfandrecht entsteht, wird die Pfandforderung als „vollstreckbar" bezeichnet. Die Kompetenz zur Bewilligung des Antrages auf zwangsweise Pfandrechtsbegründung durch bücherliche Einverleibung des Pfandrechtes ist anders geregelt als die Kompetenz zu sonstigen Exekutionen: Kompetent ist nämlich in diesem Falle dann, wenn es sich nicht um eine in einem Zivil-

---

[2]) Die Anmerkung der Vollstreckbarkeit bei einem schon bestehenden Pfandrechte (§ 89 E. O.) kommt in diesem Zusammenhange nicht in Betracht.

rechtsstreite, im Verfahren außer Streitsachen oder im Konkursverfahren zuerkannte Forderung handelt (§ 4, Z. 1—4 E. O.), das Grundbuchsgericht (§ 88 E. O.).

Ein vollständig entwickeltes Hypothekenrecht kann aber auch ohne Titel durch „Verschweigung" entstehen.[3]) Dies ist der Fall, wenn die Eintragung eines solchen Rechtes auf Grund eines nichtigen Titels geschah und innerhalb der im Grundbuchsgesetze angegebenen Fristen eine Bestreitung dieser Eintragung nicht erfolgte. Die Eintragung kann angefochten, beziehungsweise bestritten werden 1. durch Rekurs (dieser wird im Grundbuche angemerkt; Frist nach § 127 Grundb.-Ges., bei zwangsweiser Pfandrechtsbegründung nach § 88 E. O.); 2. durch Löschungsklage, welche mit der grundbücherlichen Streitanmerkung verbunden werden kann (Fristen gemäß §§ 62, 63, 64 ff. Grundb.-Ges.); 3. im Falle der §§ 66 und 67 Grundb.-Ges. auch durch eine Strafanzeige, eventuell verbunden mit der Streitanmerkung.

Durch die Exekutionsordnung ist die vollständig entwickelte Singular- und ebenso die Simultanhypothek hauptsächlich in folgenden Beziehungen beeinflußt worden:

1. Der „Umfang des Pfandrechtes bezüglich der Forderung"[4]) ist nun durch das Gesetz in einzelnen Punkten abweichend, im ganzen aber ähnlich wie in der bisherigen Weise bestimmt.

Den **Zinsen** ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Fälligkeit steht wohl ein Pfandrecht an der Liegenschaft zu (§ 217, Z. 2 E. O.), allein nur die „nicht länger als drei Jahre" rückständigen Zinsen genießen dieselbe Priorität wie das pfandrechtlich sichergestellte Kapital oder Bezugsrecht. Die drei Jahre mußten nach dem Grundbuchsgesetze (§ 17

---

[3]) Darüber vgl. besonders die Ausführungen bei Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. Bd. S. 799 bis 803.

[4]) So lautet die Überschrift der bezüglichen Kapitel in Krainz-Pfaff-Ehrenzweigs „System", 3. Aufl., Bd. I, S. 773 und 776.

Grundb.-Ges., verbis „dreijährige Rückstände von Zinsen, welche aus einem Vertrage oder einem Gesetze gebühren") von dem jeweiligen Tage der Geltendmachung des Pfandrechtes an zurückgerechnet werden. Die Hypothek bestand demnach außer für die Hauptforderung und gewisse unten zu bezeichnende Kosten nur für die Zinsen aus den jeweils letztverflossenen drei Jahren. Im Sinne der Exekutions- und Konkursordnung erfolgt die Zurückzählung dieser Frist von verschiedenen Zeitpunkten an.

a) Im Falle der Durchführung einer Zwangsversteigerung werden die drei Jahre von dem Zeitpunkte der Erteilung des Zuschlages an zurückgerechnet (§ 216 E. O., letzter Absatz). Erfolgt ein wiederholter Zuschlag (im Falle der Wiederversteigerung, der Annahme eines Überbotes usw.), so ist diese Frist vom Tage des letzten Zuschlages an zurückzurechnen. Dies folgt aus § 215 im Zusammenhalte mit § 216 E. O.[5])

b) Im Falle der kridamäßigen Veräußerung (des Verkaufes) einer Liegenschaft im Konkurse wird der dreijährige Zeitraum vom Tage der Konkurseröffnung zurück bestimmt (§§ 33 und 35 K. O. vom 25. Dezember 1868).

c) Bei einer Zwangsverwaltung sind die Forderungen der betreibenden Gläubiger nach § 125 E. O. bei der Verteilung der Ertragsüberschüsse „mit den dreijährigen Zinsen und sonstigen Rückständen, Prozeß- und Exekutionskosten" zu berücksichtigen. Trotzdem nach § 17 Grundb.-Ges. diese drei Jahre von dem jeweiligen Verteilungstage an zurückgezählt werden müßten, scheint die Exekutionsordnung auch an dieser Stelle einen anderen Termin, der den Zinsen für einen längeren Zeitraum das Pfandrecht erhält, zu fordern.

---

[5]) Ebenso Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, „System", S. 776, Note 4 mit Rücksicht auf die „Materialien", ferner die ebendaselbst zitierte Entscheidung des Obersten Gerichtshofes Slg. Bd. XXI, Nr. 9569.

Aus dem Zusammenhalte der Präklusivfristen für die vorzugsweise Befriedigung von Steuern, anderen öffentlichen Abgaben und Vermögensübertragungsgebühren („nicht länger als drei Jahre vor Bewilligung der Zwangsverwaltung rückständig" nach § 124 Z. 2 E. O.; im Gegensatze dazu „länger als drei Jahre rückständig" nach § 125 E. O.) und des § 104 E. O. ergibt sich: Das Pfandrecht für die vollstreckbare Hypothekarforderung eines die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubigers kommt in derselben Priorität auch denjenigen Zinsen dieser Forderung zu, welche nicht länger als drei Jahre vor dem Einlangen des Antrages auf Anmerkung der Zwangsverwaltung bei dem Grundbuchsgerichte rückständig sind. Es sind daher diese Zinsen bei der Verteilung der Ertragsüberschüsse in der Priorität der Hauptforderung zu berücksichtigen. Von den Forderungen der nicht betreibenden Gläubiger können in der Rangordnung des Kapitals oder Bezugsrechtes nach § 120 Z. 5 und § 124 Z. 3 E. O. „die während der Zwangsverwaltung fällig werdenden und die aus dem letzten Jahre vor Bewilligung derselben rückständigen" Zinsen aus den Verwaltungserträgnissen befriedigt werden.

Für welche **Kosten** das Objekt eines Hypothekenrechtes haftet, ist ebenfalls nach der Exekutionsordnung zu beurteilen.

Nach § 16 Grundb.-Ges. kam das für eine Forderung erworbene Pfandrecht auch den Prozeß- und Exekutionskosten zu. Diese Vorschrift ist nunmehr enger gefaßt. Nach § 216 E. O., letzter Absatz, müssen die Kosten „gerichtlich bestimmt" sein: Es kann also die hypothekarische Haftung weder für die Kosten der „politischen" (administrativen) Exekution,[6]) noch für nicht gerichtlich bestimmte Kosten eines Vergleiches

---

[6]) In gleichem Sinne Winter, Die gerichtliche Exekutionsführung zur Hereinbringung von Steuern und Gebühren durch die k. k. Steuerämter, (1904) S. 188.

(§ 47 Z. P. O.), noch für Kosten, welche das Gericht als zur Rechtsverfolgung nicht notwendig erkannte (§ 41—45 Z. P. O.), geltend gemacht werden. Der Fall einer Kautionshypothek für Nebengebühren, welcher aus einem anderen Gesichtspunkte zu beurteilen ist, wird im folgenden Abschnitte erörtert.

Die vorstehenden Ausführungen über Zinsen und Kosten gelten gleicherweise auch für die unvollständig entwickelte Hypothek (das „Befriedigungsrecht").

2. Die Anfechtung der vollständig entwickelten Hypothek ist durch die Exekutionsordnung und das Einführungsgesetz zu derselben (Art. XXVIII) neu geregelt.[7] Die Erörterung dieses Gegenstandes fällt, wie bereits gesagt,[8]) außerhalb des Rahmens der vorliegenden Arbeit; es wird daher sowohl die Anfechtung einer Hypothek durch den Hypothekenschuldner als jene durch Nachhypothekare Gegenstand einer künftigen Besprechung sein.

Wenn eine mit Hypotheken belastete Liegenschaft zur Zwangsversteigerung gelangt, kann die Art der Befriedigung der Hypothekargläubiger aus dem Meistbote eine verschiedene sein. Durch Barzahlung werden getilgt, wenn nichts anderes vereinbart ist:

1. Die Forderung des betreibenden Gläubigers, wegen welcher derselbe Exekution führte;

2. alle Nebengebühren (Zinsen und Kosten in dem oben bezeichneten Umfange);

3. Simultanhypothekarforderungen;

---

[7]) Vgl. die ausführliche Darstellung der „Anfechtung von Hypotheken durch Nachhypothekare nach österreichischem Rechte" von Fischer-Colbrie (Wien, 1902).

[8]) Zweiter Abschnitt der vorliegenden Arbeit „Arten des Pfandrechtes. Gliederung des dargestellten Stoffes ꝛc." S. 12.

4. solche Forderungen, deren Barzahlung längstens acht Tage vor dem Versteigerungstermine begehrt wurde.[9])

Das Kapital derjenigen Forderungen, deren Barzahlung nicht längstens acht Tage vor der Versteigerung begehrt wird, wird durch Übernahme seitens des Erstehers berichtigt. Diese Normen sind lediglich dispositiver Natur. (Hinsichtlich der durch Parteienvereinbarung festgesetzten Übernahme von Simultanhypotheken vgl. Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 9. Jänner 1900, Z. 93, Amtl. Slg. Nr. 196.)

Besondere Spezialvorschriften (§§ 219, 220, 221) regeln die Befriedigung der Hypothekargläubiger, welchen Rentenforderungen und bedingte Forderungen zustehen.

Die Kredit- und Kautionshypothek insbesondere.

Spezialfälle der vollständig entwickelten Singular- und Simultanhypothek sind die Kredit- und die Kautionshypothek.

Pfandrechte für Forderungen, welche aus einem gegebenen Kredite entstehen können (Kredithypotheken), sowie für Forderungen, welche aus einer übernommenen Geschäftsführung oder aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadenersatzes entstehen können (Kautionshypotheken), sind unter Angabe eines Höchstbetrages einzuverleiben, welcher entweder in der Urkunde, auf Grund welcher die Eintragung erfolgt, oder in dem Einverleibungsantrage anzugeben ist (§ 14 Grundb.-Ges.). In letzterem Falle kann derjenige, gegen welchen die Eintragung erwirkt wird, innerhalb der Rekursfrist den Antrag auf Verminderung des Betrages stellen; dann ist der Höchstbetrag vom Gerichte nach Ein-

---

[9]) Außer bei Simultanhypothekarforderungen braucht auch bei bedingten Forderung die Barzahlung nicht verlangt zu werden (§ 171 E. O.). Der Grund hiefür liegt jedoch darin, daß die §§ 220—221 E. O. eine besondere Art der Befriedigung dieser Forderungen festsetzen.

vernehmung der Parteien „nach billigem Ermessen" festzusetzen (ebenda).

Im Falle einer Zwangsversteigerung der Liegenschaft hat der Kredit- oder Kautionshypothekargläubiger spätestens im Versteigerungstermine anzumelden, bis zu welchem Betrage ihm wider den Verpflichteten aus dem diesen Hypotheken zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse bestimmte Forderungen entstanden sind (§ 171 E. O.). Nach der Vorschrift des § 178 E. O. ist im Versteigerungstermine die Höhe dieser Forderungen von Amts wegen bekanntzugeben. Bei der Meistbotverteilung ist der Betrag anzugeben, mit welchem Befriedigung aus diesen Hypotheken beansprucht wird, „falls er nicht schon zum Versteigerungstermine angemeldet wurde" (§ 211 E. O.). Eine Sanktion für den Fall der Nichtanmeldung (etwa der Verlust des Ranges zu Gunsten des betreibenden Gläubigers, wie er nicht bücherlich sichergestellte „Vorzugspfandforderungen", nämlich öffentliche Abgaben nach §§ 172 und 216 Z. 2 E. O. trifft), ist in der Exekutionsordnung nicht enthalten.[10]) Zweifellos aber ist der Kredit-, beziehungsweise Kautionshypothekargläubiger nach § 1294 a. b. G. B. (wegen widerrechtlicher Unterlassung), §§ 1295 und 1298 a. b. G. B. schadenersatzpflichtig, wenn er die exekutionsrechtlichen Vorschriften nicht genau erfüllt und infolgedessen ein Dritter (der sich etwa in irriger Meinung über den Rang seiner eigenen Hypothek an der Versteigerung nicht beteiligt) einen Schaden erleidet.

Die Befriedigung einer Kautions- oder Kredithypothek aus dem Meistbote erfolgt nach der Vorschrift des § 224 E. O. in der Weise, daß die bis zur (letzten) Verteilungs-

---

[10]) In diesem Sinne auch die neuestens publizierte Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 19. November 1902, Z. 15.403, Amtl. Slg. 656 (in der Beilage zum Verordnungsblatte des k. k. Justizministeriums vom 16. April 1904).

tagsatzung entstandenen und hiebei angemeldeten (§ 211 E. O.) Forderungen des Gläubigers durch Barzahlung oder Übernahme wie eine gewöhnliche Hypothekarforderung berichtigt werden, der von dem Höchstbetrage hienach verbleibende Rest zinstragend angelegt wird. Die Zinsen fallen den aus der Verteilungsmasse nicht mehr voll befriedigten nachstehenden Berechtigten zu, in Ermangelung solcher dem Verpflichteten; ebendiesen Personen auch ein nach Beendigung des Kredits- oder Kautionsverhältnisses etwa verbleibender Kapitalsrest. Bis zu dieser Beendigung aber kann der Kredit- oder Kautionsgläubiger sein Pfandrecht für weitere Ansprüche aus demselben Rechtsverhältnisse an dem Kapitale (nicht etwa auch an dessen Zinsen) wie ein sonstiges Pfandrecht an gerichtlich erliegenden Geldbeträgen realisieren.

Eine Ausdehnung der Kredit- oder Kautionshypothek über den intabulierten Höchstbetrag ist schlechterdings unzulässig. Es kann nicht etwa für Zinsen oder Exekutionskosten das Pfandrecht in gleicher Rangordnung mit der Hauptforderung, die für sich allein den verbücherten Kredit erschöpft, in Anspruch genommen werden. Eine Analogie mit den gewöhnlichen Hypotheken ist in diesem Falle ausgeschlossen, da eben eine besonders normierte Singularität vorliegt. Diese Rechtsanschauung gelangt insbesondere auch in den Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes vom 3. April 1901, Z. 4315, Amtl. Slg. Nr. 418, und vom 13. Dezember 1901, Z. 10.530, Amtl. Slg. Nr. 499, zum Ausdrucke. Selbst wenn, wie in dem Falle der erstzitierten Entscheidung, die Eintragung der Kredithypothek etwa lautet: „Das Pfandrecht . . . für die aus dem Kredite (der Geschäftsverbindung) . . . erwachsenden Forderungen bis zum Höchstbetrage von 30.000 K samt 6% Zinsen wird . . . einverleibt", ist die Ziffer des Höchstbetrages (in diesem Falle 30.000 K) die Maximalgrenze, bis zu welcher das Pfandrecht für die Forderung samt allen Neben-

gebühren in Anspruch genommen werden darf. Würden noch Nebengebühren beansprucht werden, die zusammen mit der Hauptforderung einen höheren Betrag als die angegebene Ziffer ergeben würden, so würden die diese Ziffer überschreitenden Restbeträge als nicht pfandbedeckt zu gelten haben. „Dem steht nicht entgegen, daß sowohl in der Pfandbestellungsurkunde als im öffentlichen Buche von 6% Zinsen die Rede ist, weil im Grundbuche nicht eine bereits existente Forderung im Betrage von 30.000 K, sondern nur ein Kredit für eventuelle Forderungen des Hypothekargläubigers in dieser Höhe eingetragen worden ist, und sich daher die Worte „mit 6% Zinsen" offenbar nur auf die eventuellen künftigen Forderungen beziehen können. Es sollte damit eben zum Ausdrucke gebracht werden, daß auch die 6% Zinsen dieser eventuellen künftigen Forderungen in dem Höchstbetrage von 30.000 K ihre pfandrechtliche Deckung finden sollten." (Aus den Gründen der zitierten oberstgerichtlichen Entscheidung, Amtl. Slg. Nr. 418.) Über die ratio der strengen Auslegung des § 14 Grundb.-Ges., nämlich den Schutz des Vertrauens in das öffentliche Buch (das Publizitätsprinzip) sprechen sich treffend die Gründe der zweiten Entscheidung (Amtl. Slg. Nr. 499) aus: „Wird . . . erwogen, daß eine Kredithypothek noch keineswegs eine Forderung als solche begründet, vielmehr nur die Rangordnung für die Befriedigung der aus dem gegebenen Kredite erwachsenen Ansprüche sichert, dann ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit die für die Aufrechthaltung des Vertrauens in die öffentlichen Bücher und für die durch die Gesetzgebung bezweckte Sicherung des Realkredites unerläßliche Folgerung, daß bei Realisierung der Hypothek für den versicherten Kreditgeber nur der verbücherte Höchstbetrag entfallen könne, ohne Rücksicht darauf, ob Kapitalsbeträge oder damit verbundene Nebengebühren, wie Zinsen und Kosten, einzubringen sind, da die einen wie die anderen,

letztere namentlich angesichts ihrer akzessorischen Natur, unter den Begriff der aus dem gegebenen Kredite resultierenden Forderungen fallen."

In diesem Zusammenhange ist eine Anwendung der Kautionshypothek zu erwähnen, die in der Praxis bei „vertragsmäßigen" Hypotheken allgemein üblich ist. Es ist dies die Einverleibung einer „Kaution für Nebengebühren" in einem bestimmten Höchstbetrage in gleicher Rangordnung mit dem Kapitale der Pfandforderung selbst, auf Grund desselben Vertrages oder Gesuches. Nach der Exekutionsordnung haben ohne diese Eintragung von den Nebengebühren außer den Zinsen nur die Prozeß- und die gerichtlich bestimmten Exekutionskosten[11]) denselben Rang wie das Kapital (mit der Maßgabe, daß sie bei Unzulänglichkeit der Verteilungsmasse vor dem Kapitale zu befriedigen sind; § 216 E. O., letzter Absatz). Andere Nebengebühren, z. B. die Ersatzforderung für bezahlte Eintragungsgebühren, für Kosten einer Löschungsquittung über einen Teilbetrag usw. genießen an und für sich kein Pfandrecht (argumento § 216 E. O.). Wenn aber eine „Kaution für Nebengebühren" einverleibt ist, steht dem Gläubiger innerhalb des anzugebenden Höchstbetrages das Pfandrecht auch für solche Nebengebühren zu.

Infolge rein mechanischer Anwendung der Regeln des § 224 E. O. über die Befriedigung einer Kautionshypothek aus dem Meistbote[12]) ist es in der Praxis vorgekommen, daß anläßlich einer Meistbotverteilung ein Gericht verfügte, der durch die tatsächlich aufgelaufenen Nebengebühren nicht erschöpfte Restbetrag einer solchen Kaution müsse zinstragend angelegt werden. Der Irrtum erhellt aus den Bestimmungen der Exekutionsordnung über die Befriedigung der Gläubiger. Da nämlich mit dem Zeitpunkte der Meistbotverteilung der Pfandgläubiger als befriedigt gilt, können aus dem damit

[11]) Vgl. darüber auch den vorigen Abschnitt.

[12]) Siehe oben S. 129 dieses Abschnittes.

beendeten Forderungs- und Pfandrechtsverhältnisse keine weiteren Nebengebührenforderungen mehr entstehen; eine Haftung der Kaution für solche entfällt demnach; der nicht erschöpfte Restbetrag der Kautionshypothek ist ohneweiters „dem nicht mehr voll aus der Verteilungsmasse befriedigten nachstehenden Berechtigten" zuzuweisen. In gleichem Sinne und mit ähnlicher Begründung haben sowohl die Rekursinstanz als der Oberste Gerichtshof (mit Entscheidung vom 13. November 1901, Z. 15.331, Amtl. Slg. Nr. 491) in obigem Falle zu Recht erkannt.

Eine Erklärung, daß eine Kredit- oder Kautionshypothek zur Sicherstellung oder Befriedigung von Forderungen einer anderen Person als des im Grundbuche ersichtlichen Gläubigers dienen solle, ist mit der publica fides des Grundbuches nicht vereinbar und daher unzulässig. Eine Übertragung einer Kredit- oder Kautionshypothek ist nur insoweit wirksam, als dem ursprünglichen Gläubiger bereits Forderungen aus dem der Pfandrechtseintragung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zustehen. (Vgl. die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 16. April 1901, Z. 1532, Amtl. Slg. Nr. 411, und besonders die daselbst abgedruckte „Begründung" des Gerichtes erster Instanz. Das Berufungsgericht und ebenso der Oberste Gerichtshof beziehen zur Unterstützung der gleichen Ansicht den § 449 a. b. G. B.)

Was die Belastung einer Kredit- oder Kautionshypothek betrifft, so hat der Oberste Gerichtshof die äußersten Konsequenzen aus der eben entwickelten Anschauung über die Belastung dieser vollständig entwickelten Pfandrechte gezogen. Mit der Entscheidung vom 2. August 1900, Z. 4111 (Amtl. Slg. Nr. 298), hat nämlich dieser Gerichtshof entgegen dem Ausspruche beider Untergerichte einer Klage auf Löschung der sämtlichen auf einer Kredithypothek einverleibten Superpfandrechte Folge gegeben; diese Superpfand-

rechte waren „zu einer Zeit erwirkt, da die ihnen zur Hypothek dienende Kautionssumme (aus Anlaß eines erteilten Wechselkredites) infolge Tilgung ihre Existenz verloren hatte". Der Oberste Gerichtshof stellt in den Gründen dieser Entscheidung die Behauptung auf, daß „eine Kautionshypothek sich grundsätzlich von Hypothekarforderungen unterscheidet, und zwar hauptsächlich dadurch, daß sie keine ziffermäßig genau angegebene, das betreffende Objekt belastende Forderung substantiiert, sondern nur den Rahmen bezeichnet, innerhalb dessen der Kreditwerber vom Kredit Gebrauch machen kann, beziehungsweise die Maximalgrenze der möglichen Forderung des Kreditgebers angibt". Dieser Satz scheint vom nationalökonomischen Standpunkte — bis auf das Vermengen der Begriffe „Kredit" und „Kaution" — richtig, vom juristischen Standpunkte aber unglücklich formuliert zu sein. Wenn wir auch das Pfandrecht — und daher in der Regel auch die Hypothek — als Akzessorium einer Forderung betrachten, darf man doch nicht wohl die Worte „Hypothekarforderung" und „Hypothek" als gleichbedeutend gebrauchen. Ferner erscheint die Vorstellung, daß ein Pfandrecht eine Forderung „substantiiert", nicht etwa „sichert" oder „zur Befriedigung führt", juristisch als unhaltbar. Endlich ist ein wirtschaftliches Merkmal der Kredithypothek in Gegensatz zu einem formellrechtlichen Merkmal der gewöhnlichen Forderungshypothek gestellt. Vollständig richtig ist der folgende Satz, der den Kernpunkt dieser schwierigen Frage trifft: „Das Vertrauen auf das öffentliche Buch . . . kann . . . nur die Frage berühren, ob eine Kautionshypothek existiert oder nicht, keineswegs aber auch den Bestand einer Forderung, welche mit Superpfandrechten belastet werden könnte." Zu weit gegangen dürfte der Oberste Gerichtshof in der Formulierung des Satzes sein: „Die bücherlich eingetragene Kautionshypothek läßt nicht darauf schließen, daß überhaupt eine Forderung wirklich entstanden ist oder noch besteht."

Das Richtige bei der Behandlung dieser in der Praxis oft wahrhaft dornenvollen Frage dürften folgende Betrachtungen ergeben:

Wenn der letztangeführte Satz der oberstgerichtlichen Begründung auch wirtschaftlich richtig sein mag — mit dem formellen Hypothekenrecht steht er sicherlich in Widerspruch. Jedes vollständig entwickelte Hypothekenrecht als solches — ohne Rücksicht auf die Existenz oder Beschaffenheit der ihm zu Grunde liegenden Forderung — kann durch Afterpfandrecht belastet werden, ist also verpfändbar und pfändbar. Fraglich ist nur, ob und in welchen Fällen das Superpfandrecht auch ohne Befriedigung der Afterpfandforderung erlischt. Im Sinne der Exekutionsordnung müssen wir sogar geradezu eine Präsumtion (als einfache widerlegbare praesumtio juris, nicht aber de jure) dafür gegeben erachten, daß bei Vorhandensein einer bücherlichen Pfandrechtseinverleibung (§ 320 E. O.) auch eine Pfandforderung existiert, auf welche nach §§ 320 ff. E. O. Exekution geführt werden kann. Insbesondere muß die Pfändung einer einverleibten Kautions- oder Kredithypothek nach § 320 E. O. stets bewilligt und die Einverleibung des vollstreckbaren Afterpfandrechtes auf eine solche Hypothek vom Grundbuchsgerichte in Vollzug gesetzt werden. Eine ganz andere Sache ist es, daß die Exekution eingestellt werden kann (z. B. nach § 39. Z. 8 E. O., wenn sich kein die Kosten übersteigender Ertrag erwarten läßt). In solchem Falle wird das Afterpfandrecht wieder gelöscht.

Ähnlich ist die Rechtslage bei der Klage auf Löschung irgend eines Afterpfandrechtes ob einer Kredit- oder Kautionshypothek. Die Löschung der letzteren hat an und für sich nicht die Löschung des Afterpfandrechtes zur Folge (§ 51 Grundb.-Ges.).

Wann ist die Klage auf Löschung eines Afterpfandrechtes ob einer Kredit- oder Kautionshypothek erfolgreich trotz des Bestehens der Afterpfandforderung?

In der Regel dann, wenn eine Forderung aus dem Kredit- oder Kautionsverhältnisse nie entstanden ist und auch künftig nicht entstehen kann. Dies ist die einzige Formulierung, in der wir in Übereinstimmung mit der oberstgerichtlichen Entscheidung ein Recht auf Löschung der ob einer Kredit-(Kautions-) Hypothek haftenden Afterpfandforderung anerkennen.

Der Ausnahmefall ist, daß für solche Forderungen, welche Dritten durch die Begründung einer Kredit- oder Kautionshypothek erwachsen, zugleich mit der Entstehung der Kredit-(Kautions-)Hypothek ein Afterpfandrecht begründet wird. So verhält es sich z. B. mit dem gesetzlichen Afterpfandrecht der Eintragungsgebühr. Es wäre aber auch der Fall denkbar, daß in demselben Gesuche die Einverleibung einer Kredithypothek und eines Superpfandrechtes ob derselben, etwa für die mit der Errichtung verbundenen Anwaltkosten und Barauslagen beantragt würde. In solchen Fällen, glaubt der Verfasser, kann das Afterpfandrecht gegen den Willen des Afterpfandgläubigers nicht zur Löschung gebracht werden, solange dessen Forderung aufrecht besteht.

Daß die Phrase, wonach die Kredithypothek „nur den Rahmen, die Maximalgrenze für eine mögliche Forderung des Kreditgebers" bezeichne, vom Obersten Gerichtshofe selbst nicht in der Weise aufgefaßt wird, als läge in Fällen einer Kredit- oder Kautionshypothek kein vollständig entwickeltes Pfandrecht vor, ergibt sich aus der Entscheidung vom 31. Mai 1900, Z. 687, Amtl. Slg. Nr. 259. Wenn bei der Meistbotverteilung gegen die Liquidierung einer angemeldeten Kautionshypothek Widerspruch erhoben wird, ist nach dieser Entscheidung nicht der Kautionshypothekar, sondern vielmehr

der Widersprechende auf den Rechtsweg zu verweisen.[13]) Es wird demnach auch vom Obersten Gerichtshofe — gleichwie in der vorliegenden Darstellung — die Kredit- und Kautionshypothek als eine Art der vollständig entwickelten Hypothek betrachtet.

III. Die Simultanhypotheken.

Eine Hypothek an mehreren Objekten für eine Forderung wird, wie bereits oben[1]) gesagt wurde, „Simultanhypothek" genannt. Es ist also Exner vollständig beizustimmen, wenn er im Gegensatze zu der zu engen Fassung des Grundbuchsgesetzes (§ 15), das nur von der Eintragung des Pfandrechtes auf „zwei oder mehrere Grundbuchskörper oder Hypothekarforderungen" spricht, den Satz aufstellt: „Eine Simultanhypothek besteht, wo mehrere Pfandgegenstände für dieselbe Forderung ungeteilt hypothekarisch haften."[2]) Denn sowohl Theorie als Praxis sind längst darüber im klaren, daß jeder Gegenstand eines Hypothekarrechtes auch Gegenstand einer Simultanhypothek sein kann: so gehören Simultanhypotheken auf intabulierten Fruchtgenußrechten an verschiedenen Liegenschaften oder Liegenschaftsanteilen und auch Simultanhypotheken auf gewissen

---

[13]) Auf Grund einer „Anmerkung der Rangordnung für die Verpfändung" könnte überhaupt bei der Meistbotverteilung keine Forderung liquidiert werden; um so mehr wäre eine richterliche Entscheidung mit dem erwähnten Inhalte ausgeschlossen.

[1]) Abschnitt „I. Singular-, Simultan- und Kollektivpfandrecht", S. 114.

[2]) „Das östreichische Hypothekenrecht", Drittes Buch, S. 292. Insbesondere entsteht eine Simultanhypothek auch, wenn z. B. an dem einem Schuldner gehörigen Hausanteile, einem demselben zustehenden Nießbrauch an einem anderen Anteile, und einem auf einem dritten Anteile haftenden Rentenrechte in derselben Grundbuchseinlage ein Pfandrecht erworben wird (ebenda).

Eisenbahn-Nutzungsrechten an mehreren Bahneinheiten (in verschiedenen Eisenbahneinlagen) keineswegs zu den Seltenheiten oder Abnormitäten des Rechtslebens.

Wie schon Exner[3]) treffend ausgeführt hat, sind es Bedürfnisse des Kreditverkehrs, denen die Simultanhypotheken ihre Entstehung verdankten; so erwuchs auf dem Gebiete des Pfandrechtes ein Rechtsinstitut, das in der Tat als „ein Seitenstück zu dem Institut der Solidarobligationen" bezeichnet werden kann.

Die Aufgabe dieses Abschnittes kann nur darin bestehen, die Veränderungen und Weiterbildungen der Normen über Simultanhypotheken durch die neue Exekutionsordnung in möglichster Kürze aufzuzeigen.

Als grundlegend muß festgehalten werden, daß für eine und dieselbe Pfandschuld auf mehrere Pfandobjekte „ungeteilt" (§ 15 Grundb.-Ges.) das Pfandrecht eingetragen wird: Das heißt, daß mehrere Pfandrechte für eine Forderung entstehen.[4]) Nur wirtschaftlich besteht eine Einheit der begründeten Hypotheken, „weil alle die Pfandrechte zusammen nur einem Kreditverhältnisse" dienen,[5]) und in diesem Sinne spricht man von „einer Simultanhypothek". „Der Gläubiger ist" — besagt § 15 Grundb.-Ges. weiter — „in solchen Fällen berechtigt, die Bezahlung der ganzen Forderung aus jeder einzelnen Pfandsache zu verlangen." Er hat das Recht der vollkommen freien Wahl, in welchem Verhältnisse er aus jeder einzelnen Hypothek befriedigt sein will. Er hat auch demzufolge das Recht der vollkommen freien Verfügung über die einzelnen Hypotheken. So kann er auf sein Pfandrecht an einem der simultan haftenden Pfandobjekte verzichten, ohne der Zustimmung der übrigen

---

[3]) a. a. O., S. 289, 290.

[4]) Exner a. a. O. S. 293 ff. Daselbst sind auch die einzelnen Fälle angeführt, in denen dieser Satz praktisch zur Geltung gelangt.

[5]) a. a. O. S. 294.

Simultanpfandschuldner[6]) zu bedürfen (einseitiger Erlaß). Er kann auch bloß für einen Teil seiner Forderung diesen Verzicht erklären: Er kann infolgedessen die Simultanpfandschuld auf die simultan haftenden Hypothekargegenstände aufteilen, und durch Erlaß der Haftung für den jeweils restlichen Teil der Pfandschuld das Simultanpfandverhältnis beendigen. Das jus offerendi (§ 462 a. b. G. B., vgl. § 1358 a. b. G. B. und § 1423 a. b. G. B.) kann einem Simultanpfandgläubiger gegenüber nur bezüglich der ganzen Forderung ausgeübt werden.[7])

Durch die Ausübung des Wahlrechtes seitens eines Simultanpfandgläubigers können demjenigen, der nicht Personalschuldner ist und auf dessen Kosten die Befriedigung des Gläubigers erfolgte, Regreßrechte erwachsen: 1. Entweder aus einem besonderen zwischen ihm und den Mithaftenten bestehenden Rechtsverhältnisse[8]); 2. nach § 1423 a. b. G. B., da ihm der Gläubiger „sein Recht abtreten" muß; 3. oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Mithaftenden.[9]) Eine Klage, mit der Regreßansprüche der letz-

[6]) Diese Bezeichnung wird hier im Sinne der österreichischen Gerichtssprache für „Eigentümer eines der mit der Simultanhypothek belasteten Pfandobjekte" gebraucht.

[7]) Detailausführungen über diese Punkte bei Exner a. a. O. S. 320—324; die Zession und Afterverpfändung einer Simultanhypothek, welche ebendort behandelt ist, scheint mir in materiellrechtlicher Beziehung keine Besonderheit gegenüber der gewöhnlichen Hypothek aufzuweisen — zumal bezüglich der Verfügungsgewalt des Gläubigers; daher wird erst im Zusammenhange mit der Zession und Verpfändung der Hypotheken hievon die Rede sein.

[8]) Darüber sind alle Theoretiker und Praktiker einig; vgl. Exner a. a. O. S. 313 und speziell S. 319 (correus debendi, § 896 a. b. G. B.), Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System (3. Aufl.) I. Bd. S. 896.

[9]) Diese richtige Ansicht vertritt besonders Krainz-Pfaff-Ehrenzweig a. a. O. S. 839—840; gegen Exner (S. 313, 314), der nur einen Billigkeits-, aber keinen Rechtsanspruch der Benachteiligten in diesem Falle anerkennt.

teren Art nach österreichischem Rechte geltend gemacht werden sollten, müßte sich auf § 1043 a. b. G. B. stützen. Jedenfalls trifft die Voraussetzung dieser Gesetzesstelle zu; denn der Regreßnehmer, der den Simultanpfandgläubiger befriedigt hat oder auf dessen Kosten letzterer im Exekutionswege befriedigt wurde, hat, „um einen größeren Schaden von sich und anderen abzuwenden, sein Eigentum aufgeopfert". Daher müssen ihn alle, welche daraus Vorteil zogen, verhältnismäßig entschädigen.

Alle diese Regreßansprüche — und zwar sämtliche vorerwähnte Arten — stehen dem Eigentümer eines mit einer Simultanhypothek belasteten Pfandobjektes, der nicht Personalschuldner ist, gegen den Personalschuldner und eventuell gegen die Eigentümer der übrigen mit der Simultanhypothek belasteten Pfandobjekte zu.

Diese Ansprüche können bei der Verteilung des Meistbotes einer Liegenschaft, welche infolge Konkurses oder einer Exekution versteigert wird, auch innerhalb des offiziosen Verfahrens durchgesetzt werden. Hiebei aber läßt sich nicht übersehen, daß noch andere Personen als die Eigentümer der simultan verpfändeten Liegenschaft, aus welcher der Simultangläubiger ganz oder zum größten Teile seine Befriedigung sucht, wirtschaftliche Nachteile erleiden: Es sind dies die Nachpfandgläubiger, welche infolgedessen aus dem Meistbote keine Deckung für ihre Forderung finden; ferner die Reallast-, Bestand- und Servitutberechtigten, deren Ansprüche (§§ 216 Z. 4, 211, 225, 226, 227 E. O.) infolge der vollständigen Ausübung des Simultanpfandrechtes an der versteigerten Liegenschaft nicht berücksichtigt werden. Wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist, kann die wirtschaftliche Schädigung der nachstehenden Pfandgläubiger — eventuell Servitutsberechtigten — eine so tiefgehende sein, daß die Verweigerung eines Ersatzanspruches, den man dem Eigentümer gewährt, höchst unbillig erscheint. Der ver-

schuldete Eigentümer aber hat an und für sich selten ein wirtschaftliches Interesse daran, seine Regreßansprüche zum Nutzen seiner Gläubiger geltend zu machen. So sind die Nachpfandgläubiger von der Gunst des Simultanhypothekars abhängig, der sie je nach Belieben protegieren (seine Forderung aus anderen Liegenschaften einbringen) oder ihnen die Befriedigungsmöglichkeit entziehen kann; ferner von dem guten Willen des Eigentümers, der in ihrem Interesse als Regreßnehmer aufzutreten befugt ist. Es entsteht eine Kette wirtschaftlicher Abhängigkeitsverhältnisse, die zu Pressionen nicht minder als zu Gratifikationen mißbraucht werden können. Es ist den Beteiligten möglich, sich wirtschaftliche Sondervorteile auszuwirken — ganz gegen die Absicht der Gesetzgebung. Summum jus summa iniuria.

Die Konkursordnung vom Jahre 1868 hat den ersten Schritt zur Beseitigung dieser wirtschaftlichen Übelstände getan: § 37 K. O. verfügt, daß Regreßansprüche jener Realgläubiger, die Simultanpfandgläubigern nachstehen, über Antrag im offiziosen Verfahren berücksichtigt werden. Dieser Paragraph bezog sich aber nur auf den Fall, daß mehrere simultan verpfändete Liegenschaften zu einer Konkursmasse gehören.

Nunmehr aber hat die Exekutionsordnung eine wesentliche Erweiterung des Gebietes gebracht, innerhalb dessen die erwähnten Billigkeitsmomente im offiziosen Wege zur Geltung gebracht werden können: Wenn eine mit einem Simultanpfandrechte belastete Liegenschaft zwangsweise versteigert wird, kann der Regreßanspruch der Nachhypothekare und der sonstigen nachstehenden Berechtigten im Exekutionsverfahren mittels Antrages nach § 222 E. O. geltend gemacht und durchgesetzt werden.

So haben nach dem gegenwärtigen Rechtszustande alle an einer versteigerten Liegenschaft „Berechtigten", die durch die Ausübung einer Simultanhypothek unbilligerweise ver-

kürzt erscheinen, einen Regreßanspruch gegenüber den Begünstigten, welchen Rechte an einer anderen Liegenschaft zustehen. Darüber hinaus ist das Gesetz noch nicht gegangen. Insbesondere ist noch keine Abhilfe für den Fall getroffen, daß eine Simultan-Afterpfandforderung oder eine Forderung, welche teils auf Liegenschaften, teils auf Pfandforderungen simultan haftet, nur aus einer der verbundenen Hypotheken befriedigt wird. So hat auch der Oberste Gerichtshof den Anspruch eines Nachhypothekars bezüglich einer für den befriedigten Simultanpfandgläubiger eingetragenen Superpfandforderung zurückgewiesen (Entscheidung vom 18. Juni 1901, Z. 7532, Amtl. Slg. Nr. 442). Eine Analogie, die aus materiellrechtlichen Gründen ungemein nahe läge,[10]) ist vermöge der formalen Vorschriften ausgeschlossen, welche eine analoge Anwendung nicht zulassen.

Diese erwähnten Formalvorschriften sind unterschiedliche, je nachdem einer der folgenden Fälle vorliegt:

1. Es werden die mit Simultanhypotheken belasteten Liegenschaften sämtlich versteigert.

a) Stellt der Simultanpfandgläubiger keinen besonderen Antrag, so wird er verhältnismäßig aus allen diesen Liegenschaften befriedigt. Wird das Meistbot jeder einzelnen Liegenschaft samt den sonst nach § 215 E. O. in die Verteilungsmasse fallenden Beträgen als selbständige Verteilungsmasse betrachtet, so bietet die vielfach kommentierte Vorschrift der Exekutionsordnung, wenn auch schwerfällig stilisiert, nicht Anlaß zu Zweifeln: „Werden sämtliche für die Forderung ungeteilt haftenden Liegenschaften versteigert, so haben die einzelnen Verteilungsmassen zur Befriedigung der Forderung mit jener Teilsumme beizutragen, die sich zur Forderung

---

[10]) In der Tat hat die erste Instanz in dem bezogenen Falle den § 222 E. O. analog angewendet. Die Rekursinstanz hat diese Entscheidung aufgehoben und der Oberste Gerichtshof die Aufhebung bestätigt.

einschließlich ihrer Nebengebühren verhält, wie der bei jeder einzelnen Liegenschaft nach Berichtigung der vorausgehenden Ansprüche erübrigende Rest der Verteilungsmasse zur Summe aller dieser Reste."

Mathematisch ausgedrückt, wobei wir den vor Befriedigung der Simultanhypothek verfügbaren Teil der Verteilungsmasse mit T, die Quote, welche aus demselben auf die durch Simultanhypothek gesicherte Forderung entfallen soll, mit X bezeichnen, stellt sich dieses Verhältnis in Gestalt der folgenden Proportion dar:

X : Forderung samt Nebengebühren = T : Summe aller verfügbaren Teile der Massen.

Der Betrag der entfallenden Quote wird also gefunden, indem die Ziffer der Forderung samt Nebengebühren mit der Ziffer des bei der einzelnen Liegenschaft verfügbaren Betrages multipliziert, das Resultat durch die Summenziffer aller verfügbaren Beträge dividiert wird.

b) Stellt der Simultanpfandgläubiger Antrag auf Bezahlung in einem anderen Verhältnisse, so wird über Antrag der verkürzten Berechtigten ihnen aus den Verteilungsmassen der übrigen Liegenschaften jener Betrag zugewiesen, der im Falle a) auf die Simultanhypothek als Quote entfallen wäre; selbstverständlich nur nach Maßgabe des tatsächlichen Verlustes der verkürzten Gläubiger gegenüber der normalmäßigen Verteilung (Fall a).

2. Es werden nicht alle, sondern nur eine oder einige mit der Simultanhypothek belastete Liegenschaften versteigert.

a) Wünscht der Simultanhypothekar nur eine verhältnismäßige teilweise Befriedigung ähnlich wie ad 1 a) aus der versteigerten Liegenschaft, so ist maßgebend das Verhältnis:

X : Forderung samt Nebengebühren = Steuerschätzwert der Liegenschaft : Summe der Steuerschätzwerte aller simultan verpfändeten Liegenschaften.

$$X = \frac{\text{Forderung f. Ng.} \times \text{Steuerschätzwert}}{\text{Summe der Steuerschätzwerte.}}$$

Der Steuerschätzwert ist nach der Verordnung des Justizministeriums vom 10. Juli 1897 Nr. 174 R. G. Bl. zu berechnen.

b) Verlangt der Simultanhypothekar die Bezahlung gänzlich oder zum überwiegenden Teile aus der versteigerten Liegenschaft, so ist nach dem oben (2 a) aufgestellten Verhältnisse der Ersatzanspruch der verkürzten Berechtigten zu bestimmen. „Der Ersatzanspruch der nachstehenden Berechtigten ist in diesem Falle zu deren Gunsten auf den nicht versteigerten, mitverhafteten Liegenschaften in der Rangordnung der ganz oder teilweise getilgten und gleichzeitig zu löschenden Forderung des befriedigten Simultanpfandgläubigers einzuverleiben. Diese Einverleibung ist vom Gerichte auf Antrag zu verfügen" (§ 222 E. O., Schluß). Es tritt hier eine hypothekarische Sukzession ein.[11])

Die materiellrechtliche Gestaltung der nunmehrigen Ersatzforderung, die in der Rangordnung der Simultanhypothek auf den Namen des Nachhypothekars oder sonstigen Berechtigten einverleibt wird, ist einigermaßen zweifelhaft. Ehrenzweig betrachtet die durch die Einverleibung des Ersatzanspruches entstandene Hypothek als „eine grundschuldähnliche forderungslose Summenhypothek".[12]) Sehr vieles spricht für diese Ansicht. Aber die Mängel der Simultanhypothek (Befristung, Bedingung, Anfechtbarkeit, Streitanmerkung, Anmerkung der Löschungsabsicht usw.) gehen, wie Ehrenzweig selbst an derselben Stelle bemerkt, nach den Grundsätzen der hypothekarischen Sukzession auf die

---

[11]) So übereinstimmend schon Exner für den Fall des Konkurses (darüber unten), Hypothekarrecht S. 316, und Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, 3. Aufl. Bd. I, S. 837, Note 28.

[12]) Ebenda S. 837, Note 28.

Ersatzhypothek über. Daß das nunmehr mit der Ersatzhypothek belastete Grundstück ohne Rücksicht auf den Schuldgrund haftet, erklärt sich daraus, daß der rechtskräftige Verteilungsbeschluß in dieser Hinsicht auch gegenüber dem Eigentümer des bezeichneten Grundstückes formelles Recht schafft. Die Haftung des Eigentümers dürfte wohl dieselbe sein wie jene des Eigentümers einer mit einer sonstigen Hypothek belasteten Liegenschaft (eines sonstigen „Hypothekarschuldners"), der nicht Selbstschuldner ist.[13]) Eine ausdrückliche Exekutionsbeschränkung ist im Gesetze nicht enthalten. Deshalb dürfte es für das österreichische Recht angemessener sein, eine Übertragung des Hypothekenrechtes durch richterlichen Ausspruch nach Maßgabe des festgestellten Ersatzanspruches auf den „nachstehenden Berechtigten" anzunehmen.

Ganz ebensolche Fälle begegnen uns bei der Überweisung einer Hypothekarforderung zur Einziehung (§ 322 E. O.) und an Zahlungsstatt (§ 324 E. O.). In letzterem Falle ist hinsichtlich der bücherlichen Übertragung der überwiesenen Forderung auch der formellrechtliche Vorgang durch das Gesetz in analoger Weise geregelt.

Daß ein Vorzugsrecht der Simultanpfandforderung nicht auf die Ersatzforderung übergeht, ist kein Argument gegen die Annahme einer hypothekarischen Sukzession. Das Vorzugsrecht als solches ist niemals „auf das öffentliche Buch gegründet", sondern vielmehr auf spezialgesetzliche Vorschrift. Wenn nun eine solche Vorschrift, wie dies regelmäßig der Fall ist, das Vorzugsrecht an bestimmte Eigenschaften, besonders an einen bestimmten Rechtsgrund der Forderung knüpft, kann es zu Gunsten der Ersatzforderung nicht beansprucht werden, wenn bei dieser der bestimmte Rechtsgrund nicht zutrifft. Dann sukzediert die Ersatzforderung eben nach

---

[13]) Anders Ehrenzweig a. a. O. Doch dürfte in der Praxis die im Texte vertretene Ansicht, wenn die Exner'sche Theorie der Hypothekarklage beachtet wird, dieselben Resultate ergeben.

den allgemeinen Grundsätzen des Hypothekarrechtes in der durch die Eintragung bestimmten bücherlichen Rangordnung. Speziell die Übertragung des gesetzlichen Vorzugspfandrechtes für Steuer- und Gebührenforderungen ist durch öffentlichrechtliche Normen ausgeschlossen.[14]) (Im Sinne dieser Ausführungen: Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 12. Juli 1898, Gerichtshalle 98, Nr. 48.)

Der Antrag auf Festsetzung des Ersatzanspruches ist in allen Fällen vor der Erlassung des Verteilungsbeschlusses zu stellen. Später eingebrachte derartige Anträge können nicht mehr berücksichtigt werden. Es folgt dies aus § 229 E. O., 2. Absatz, der bestimmt, daß der Verteilungsbeschluß die Entscheidung über diesen Anspruch enthalten muß. (In diesem Sinne: Oberstgerichtliche Entscheidung vom 10. Jänner 1899, Z. 17.938 ex 1898, Amtl. Slg. Nr. 49.)

Zu erwähnen ist, daß in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 1. Oktober 1901, Z. 13.609, Amtl. Slg. Nr. 469, der Rechtssatz aufgestellt wurde: „Hat ein Hypothekargläubiger den ihm nach § 222 Abs. 4 E. O. gebührenden Ersatzanspruch zu stellen unterlassen, so kann ein solcher von den nachfolgenden Berechtigten hinsichtlich ihrer Forderungen geltend gemacht werden, und zwar auch dann, wenn auf ihre Forderungen in dem Falle, als der ersterwähnte Hypothekargläubiger den ihm zustehenden Ersatz angesprochen hätte, aus der simultan haftenden, nicht versteigerten Liegenschaft eine Ersatzdeckung nicht entfallen wäre." Die Begründung stützt sich lediglich auf den Wortlaut des § 222 E. O. Vom materiellrechtlichen Standpunkte aus scheint aber diese Entscheidung des Obersten Gerichtshofes mit dem Gesetze in Widerspruch zu stehen. (Richtig beide untergerichtliche Entscheidungen.)

---

[14]) Vgl. den Abschnitt über „Das sogenannte Befriedigungsrecht als unvollständig entwickeltes Pfandrecht", S. 25.

Wenn im Konkurse simultan verpfändete Liegenschaften versteigert werden, gelten sämtliche eben entwickelte Rechtssätze kraft des § 37 der Konkursordnung (vom 25. Dezember 1868, Nr. 1 R. G. Bl. ex 1869). Jedoch räumt diese Gesetzesstelle nur den nachfolgenden Realgläubigern, nicht etwa dem Kridatar, der allgemeinen Konkursmasse oder dem Masseverwalter in Vertretung der Gemeingläubiger, die bezüglichen Ersatzansprüche ein.[15])

Bei der Beurteilung einzelner Fälle nach gegenwärtigem Rechte empfiehlt es sich, die exekutionsrechtlichen Normen als die weitergehenden in erster Linie zu berücksichtigen.

Dies soll auch maßgebend für die Entscheidung der Frage sein, welche Rechtsfolgen eintreten, falls Simultanhypotheken an einzelnen Anteilen derselben Liegenschaft oder auch verschiedener Liegenschaften bestehen, und sodann ein Liegenschaftsanteil exekutiv veräußert wird. In solchem Falle stehen die exekutionsrechtlichen Bestimmungen einer analogen Anwendung der oben aufgestellten Sätze, welche sich auf simultan verpfändete Liegenschaften beziehen, durchaus nicht entgegen. Im Gegenteile! Die Anwendung derselben Normen ist durch die Exekutionsordnung selbst (§ 238 E. O.) geradezu vorgeschrieben. Da für die Schätzung von Liegenschaften und Liegenschaftsanteilen die gleichen Grundsätze gelten und überhaupt die Exekution auf Liegenschaftsanteile in derselben Weise wie die Exekution auf Liegenschaften geregelt ist (§§ 87, 97, 131, 238 E. O.), kann auch über die Geltung der Einzelvorschriften kaum ein Zweifel auftauchen. Die verhältnismäßige Aufteilung, die Geltendmachung der Regreßansprüche, die Pfandrechtseinverleibung für letztere usw. kann unterschiedslos eintreten, sei es, daß Liegenschaften oder Liegenschaftsanteile simultan verpfändet sind. Bleiben Anteile von Liegenschaften, welche nicht zu derselben Grund-

[15]) So schon Exner a. a. O. S. 315.

buchseinlage gehören, unveräußert, so ist bei der Berechnung der zuzuweisenden Quote, beziehungsweise der Regreßansprüche der Steuerschätzwert zu Grunde zu legen. Handelt es sich um nicht versteigerte Liegenschaftsanteile derselben Einlage, so sollte die Rechnung sinngemäß nach dem Verhältnis der wirklichen Schätzwerte aufgestellt werden, zumal dieselben teils schon im Gerichtsakte vorkommen, teils durch eine einfache Proportionsrechnung zu ermitteln sein dürften. Der Steuerschätzwert kommt nämlich, wie sich aus der Textierung des § 222 E. O. und aus der Justizministerialverordnung vom 10. Juli 1897 (Nr. 174 R. G. Bl., siehe oben) ergibt, stets nur als Surrogat des wirklichen Schätzwertes behufs Ersparung von Schätzungskosten in Betracht.

Die Ansicht Exners,[16]) der eine Analogie aus § 37 K. O. nicht gelten lassen wollte, falls von simultan verpfändeten Anteilen einer Liegenschaft ein Anteil exekutiv veräußert wird, ist eben vermöge der Exekutionsordnung gegenstandslos geworden.

Hingegen scheint auch nach dem heutigen Rechte eine andere Ansicht desselben Autors richtig zu sein: daß nämlich eine Hypothek an einer Liegenschaft, welche später in das Eigentum mehrerer Personen gelangt, einer Simultanhypothek an den einzelnen Liegenschaftsanteilen nicht schlechtweg gleichsteht.[17]) Andernfalls würde eine Exekution auf einen Anteil einer Liegenschaft ergebnislos bleiben müssen, wofern nur eine den Wert des Anteils erreichende, aber nicht fällige Forderung auf der ganzen Liegenschaft haftet.[18])

---

[16]) Östr. Hypothekenrecht S. 526—527, Anm. 21.

[17]) Exner, Hypothekenrecht S. 526. Dagegen für die Gleichstellung: Krainz-Ehrenzweig S. 837 Anm. 26, Dernburg S. 262 und die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 28. März 1883 Nr. 3131 Slg. (Glaser-Unger) Nr. 9362, Bd. XXI.

[18]) Z. B.: Auf einer Liegenschaft im Werte von 10.000 haftet primo loco eine noch nicht fällige Forderung per 1000. Der Eigentümer

Das Richtige dürfte sein, ein Recht zur Ausübung des Totalhypothekarrechtes seinem ganzen Umfange nach auf einem Teile einer Liegenschaft nur dann anzunehmen, wenn der Eigentümer des Liegenschaftsanteiles aus einem besonderen Grunde als Selbstschuldner oder Hypothekarschuldner der ganzen Forderung zu betrachten ist.[19])

Es wurde bereits in dem Abschnitte über Singularhypotheken bemerkt, daß der Simultanpfandgläubiger die bare Berichtigung seiner Forderung aus dem Meistbote einer zwangsweise versteigerten Liegenschaft verlangen kann, auch wenn er dies nicht acht Tage vor der Versteigerung erklärt hat.

IV. Kollektivhypothekenrecht.

Das Hypothekenrecht der Eisenbahnprioritätsobligationen.

Der Ausdruck „Prioritätsobligationen" hat eine weitere und eine engere Bedeutung.

Prioritätsobligationen im weiteren Sinne sind Wertpapiere, und zwar in der Regel[1]) Inhaberpapiere, welche

---

eines um 1000 versteigerten $^1/_{10}$-Anteiles ist Schuldner für eine vollstreckbare Forderung per 500 secundo loco seines Anteiles. Wenn der primo loco sichergestellte Gläubiger die nicht fällige Forderung per 1000 zum Meistbote des versteigerten Anteiles als Simultanhypothekarforderung ganz anmelden darf, kann der betreibende Gläubiger, dessen Forderung secundo loco haftete, nicht zu seinem Gelde kommen. Auch wenn er infolge Ausübung seines Regreßrechtes auf den übrigen Liegenschaftsanteilen Sicherstellung erhält, folgt er dort nur in eine noch nicht fällige Forderung nach. (Eine Pfandrechtseinverleibung in Ausübung des Regreßrechtes auf Anteilen derselben Liegenschaft wurde vom Obersten Gerichtshofe in einem analogen Falle bewilligt: Entsch. vom 19. September 1894, Nr. 11,223, Slg. 15.281, Bd. XXXII).

[19]) Diese Fälle können bei gewissen Steuer- und Gebührenforderungen auf Grund des Gesetzes, bei anderen Forderungen auf Grund eines Vertrages eintreten.

[1]) Nach § 48 des Eisenbahnbuchgesetzes sind Eisenbahnprioritätsobligationen „auf Inhaber lautende oder durch Indossament übertrag-

eine Forderung gegen eine Unternehmung (als juristische Person) repräsentieren. Die Prioritätsobligationen sind ferner Teilschuldverschreibungen. Dies bedeutet, daß die Anlehensschuld, der diese Obligationen ihre Entstehung verdanken, in der Weise aufgenommen wurde, daß die Unternehmung gegenüber den Besitzern einer bestimmten Anzahl von Inhaberpapieren (eventuell Ordrepapieren) je für einen ziffermäßig bestimmten Teil des Anlehens Schuldnerin ist.

Prioritätsobligationen in diesem Sinne kommen in modernen Rechtssystemen, speziell auch im österreichischen Rechte, bei Unternehmungen verschiedener Art vor.

Meistens werden sie von Aktiengesellschaften ausgegeben.[2]) So finden wir in Österreich solche „Prioritätsobligationen" als Teilschuldverschreibungen bei Anlehen industrieller und verschiedener Transport-Unternehmungen (4½%ige Prioritäten der Österr. Alpinen Montangesellschaft vom Jahre 1890; 5%iges Prioritätsanlehen der Prager Eisenindustriegesellschaft; 4½%ige Prioritätsanleihe der Pottendorfer Baumwollspinnerei und Zwirnerei von 1894; Goldprioritäten des Österreichischen Lloyd zu 5% von 1881 und 1882, 4½% von 1884, 4% von 1887, 1895 und 1901 usw.).

Gemeinsam ist allen diesen Prioritäten, daß für ihre Bezahlung bestimmte Eigentumsobjekte der emittierenden Gesellschaften pfandrechtlich haften. So ist das Pfandrecht für die Prioritätsobligationen der aufgezählten Industriegesellschaften auf den Bergwerken und Realitäten derselben als Hypothek

---

bare Teilschuldverschreibungen". Dem Verfasser sind praktische Fälle, in welchen Prioritätsobligationen als Ordrepapiere ausgegeben wurden, nicht bekannt.

[2]) Eine Ausnahme war die Ausgabe 4%iger Prioritäten durch die reichsdeutsche Firma Krupp in Essen, welche nicht den Charakter einer Aktiengesellschaft besaß.

einverleibt; so haftet der Schiffspark des Österreichischen Lloyd für die Prioritätenschulden dieser Unternehmung.[3]) Man kann mit absoluter Sicherheit für das Gebiet des österreichischen Rechtes, höchstwahrscheinlich aber für jenes der europäischen Kultur- und Handelswelt überhaupt die Behauptung aufstellen, daß im Verkehre unter „Prioritäten" pfandrechtlich sichergestellte Teilschuldverschreibungen eines Anlehens verstanden werden.

Von diesen aber nehmen nur die Eisenbahn-Prioritätsobligationen im österreichischen Rechte eine besondere Stellung ein:[4]) Denn eine Reihe von Spezialbestimmungen im Interesse der Prioritäre wurde in das „Eisenbahnbüchergesetz" vom 19. Mai 1874 Nr. 70 R. G. Bl. aufgenommen, um die möglichste Sicherheit für Teilschuldverschreibungen der Eisenbahnanleihen zu gewährleisten. Diese allein werden im engeren Sinne des Wortes Prioritätsobligationen genannt.[5])

Für das Gebiet des gemeinen deutschen Rechtes traf vollständig zu, was Brunner[6]) von diesen Eisenbahnprioritäten sagte: „Die häufig darin verbriefte Einräumung eines Pfandrechtes ist in den Rechtsgebieten des Grund- und

---

[3]) Vgl. „Kompaß", finanzielles Jahrbuch für Österreich-Ungarn, herausgegeben von J. Heller, 1904 (II. Bd.): Über Österr. Alpine Montangesellschaft S. 106; Prager Eisenindustriegesellschaft S. 133 ff.; Pottendorfer Spinnerei S. 599; Lloyd S. 1057 ff.

[4]) Der Handelsverkehr hat dies gleichsam instinktiv erkannt. Im Gegensatze zu anderen Obligationen bilden die „Eisenbahn-Prioritätsobligationen" (nicht etwa die Prioritätsobligationen überhaupt) im „Amtlichen Kursblatt der Wiener Börse" eine besondere Gruppe.

[5]) So von Brunner in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Leipzig 1882, II. Bd., S. 202: „Unter den Teilobligationen ragen an wirtschaftlicher Bedeutung die Papiere über Eisenbahnschulden hervor, Prioritätsobligationen oder Prioritäten genannt."

[6]) A. a. O., S. 202—203.

Pfandbuchsystems rechtlich wirkungslos, weil die Entstehung des Pfandrechtes dessen Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuch voraussetzt. Der Vorschlag, für die Eisenbahnschulden besondere Grundbücher, „Eisenbahnbücher“, zu schaffen, ist . . . in Österreich durch ein Gesetz vom 19. Mai 1874 zur Ausführung gebracht worden.“ Wie man aus den Motiven dieses Gesetzes („Erläuternde Bemerkungen zu der Regierungsvorlage, betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern usw.“[7]) entnehmen kann, sprach in der Tat „am lautesten . . . das Bedürfnis dafür, daß diejenigen Gläubiger der Eisenbahnunternehmungen, welchen eine Immobiliarhaftung ausdrücklich zugesichert wurde, der Gefahr entrückt werden, die ihnen urkundlich versprochene Sicherstellung bestritten zu sehen“.

So wurden in den §§ 48 und 49 des Eisenbahnbuchgesetzes ausführliche Bestimmungen über die Einverleibung des Pfandrechtes für die vor der Wirksamkeit dieses Gesetzes ausgegebenen Eisenbahn-Prioritätsobligationen getroffen und in § 50 des zitierten Gesetzes verfügt, daß nunmehr[8]) „die Ausgabe von Eisenbahn-Prioritätsobligationen nicht vor der Einverleibung des Pfandrechtes auf die zur Hypothek bestimmte, den Gegenstand einer Eisenbahneinlage bildende bücherliche Einheit erfolgen“ darf. *Nach österreichischem Rechte gehört die hypothekarische Sicherstellung somit zu den begriffswesentlichen Merkmalen der Eisenbahn-Prioritätsobligationen.*

---

[7]) Zu finden bei *Wittek*, „Das österreichische Gesetz betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern 2c.“, S. 17.

[8]) Über die Rechtsverhältnisse solcher *vor* der Wirksamkeit des Gesetzes vom 19. Mai 1874 ausgegebenen Schuldverschreibungen siehe die §§ 48 und 49 dieses Gesetzes. Da die vorliegende Arbeit das *neue* Recht behandelt, erscheint eine Erörterung dieser Normen an dieser Stelle überflüssig.

Es soll nun versucht werden, einige Sätze, welche für das österreichische Prioritätenrecht gelten, aufzustellen:

Eisenbahn-Prioritätsobligationen sind Teilschuldverschreibungen, welche eine auf einer Eisenbahn haftende Hypothekarforderung gegen die Inhaber dieser Eisenbahnunternehmung repräsentieren. (Die Repräsentation oder, wenn man diesen Ausdruck nicht wünscht, „Symbolisierung" einer Forderung ist ein allgemeines Merkmal jedes Inhaberpapieres [9]). Inhaber der Eisenbahnunternehmung ist entweder eine Aktiengesellschaft oder der Staat.[10])

Es ist zwar durch keine Rechtsnorm ausgeschlossen, daß auch andere Personen (Einzelpersonen, Inhaber von Kommandit- oder offenen Handelsgesellschaften; Gemeinden, Genossenschaften, Kronländer) Inhaber einer Eisenbahnunternehmung sein und die Bewilligung zur Ausgabe von Prioritätsobligationen erhalten können. Doch ist dem Verfasser kein derartiger Fall bekannt, und es dürfte ein solcher auch kaum in der Praxis vorkommen; die Festlegung eines so großen Kapitals, wie es die Erbauung oder Übernahme und der Betrieb einer Bahn erfordert, ist eben selten anderen Personen als einer Aktiengesellschaft oder dem Staate möglich.

Für alle Prioritätsobligationen eines Anlehens zusammen [11]) besteht *ein* Pfandrecht. Dieses gemeinsame

---

[9]) In diesem Sinne äußert sich schon *Kuntze*, „Die Lehre von den Inhaberpapieren" (1857), besonders S. 267 ff. und S. 274: „In der Symbolisierung der Obligation durch das Papier . . . ist der zweite Grundsatz unserer Theorie gewonnen".

[10]) Die *Ausgabe* von Eisenbahnprioritätsobligationen erfolgte bisher tatsächlich *nur* durch Aktiengesellschaften. Die *Übernahme zur Selbstzahlung durch den Staat* ist wiederholt vorgekommen, besonders in der Weise, daß der Staat als Rechtsnachfolger der Aktiengesellschaft (Inhaber sämtlicher Aktien) Schuldner der Prioritäre wurde.

[11]) Daß an *jede* dieser Schuldverschreibungen nach *österreichischem* Rechte eine *selbständige* Forderung sich knüpft, wird weiter unten ausgeführt.

Pfandrecht erstreckt sich auf alles, was zu der Eisenbahn als bücherlicher Einheit gehört.[12]) Bezüglich der Eisenbahngrundstücke ist je nach der Sachlage entweder das „Eisenbahneigentum" der Privatbahnen [13]) oder das unbeschränkte Eigentum des Staates verpfändet. Außer diesen in dem Bahnbestandblatte der Eisenbahneinlage eingetragenen Grundstücken können aber auch Liegenschaften, welche nicht im Eisenbahnbuche eingetragen sind und an welchen einer Privatbahnunternehmung das volle Eigentumsrecht zusteht,[14]) zur Sicherstellung der Eisenbahn-Prioritätsobligationen dienen (§ 50 Eisenbahnbuchgesetz). Insbesondere kann ferner auch auf Bergwerke, wie solche z. B. die Nordbahn besitzt, das Pfandrecht für Eisenbahn-Prioritätsobligationen sich erstrecken.[15]) Es kann überhaupt jedes denkbare Pfandrecht — nicht bloß Hypothekenrecht —, so z. B. das Pfandrecht an gerichtlich erlegten Geldbeträgen oder Wertpapieren, mit dem Hypothekenrechte für Eisenbahn-Prioritätsobligationen an der Bahneinlage kumuliert sein. Wie das Pfandrecht in der Eisenbahneinlage, so muß auch das Hypothekenrecht auf „andere unbewegliche Güter, auf welche ein bücherliches Pfandrecht erworben werden kann", und welche „zur Sicherstellung der Eisenbahn-Prioritätsobligationen nebst jener bücherlichen Einheit . . . bestimmt" sind, „in gleicher Weise

---

[12]) Darüber siehe oben „Gegenstand und Umfang des Hypothekenrechts", Kapitel über „Eisenbahnen und Rechte an denselben als Objekte des Hypothekarrechts".

[13]) Über die Natur dieses Rechtes vgl. das eben bezogene Kapitel.

[14]) Wenn diese Liegenschaften einen Gegenstand des Grundbuches bilden, erscheint im Eigentumsblatte die Firma der Bahnunternehmung als Eigentümerin eingetragen. (Gegensatz zu § 8 Abs. 3 Eisenbahnbuchges., vgl. das oben zitierte Kapitel).

[15]) Über die hypothekarische Belastung des Bergwerkseigentumes vgl. oben, Kapitel über „Das Bergwerkseigentum als Gegenstand des Hypothekarrechtes".

vor Ausgabe der Eisenbahn-Prioritätsobligationen eingetragen werden" (§ 50 Eisenbahnbuchgesetz, Abs. 2).

Ob ein solches nicht bloß ob der Eisenbahneinlage haftendes Pfandrecht für die Teilschuldverschreibungen eines bestimmten Prioritätsanlehens eingeräumt wurde, ist lediglich nach dem Pfandbestellungsvertrage (Prospekt, Text der Wertpapiere)[16]) zu beurteilen.

Haberer[17]) hält dafür, daß den Prioritätsgläubigern ein Vorzugsrecht vor anderen Hypothekargläubigern an der Eisenbahneinlage zustehe. Durch das Eisenbahnbüchergesetz (vom 19. Mai 1874 Nr. 70 R. G. Bl.) ist ein Vorzugsrecht indessen nur für Betriebsauslagen, Abrechnungsschuldigkeiten (§ 47 zit. Ges.) und jene Lasten und Rechte, welche sich auf einzelne Eisenbahngrundstücke beziehen (§§ 46 und 8 zit. Ges.) normiert worden. Auch das Gesetz über Teilschuldverschreibungen und die für solche eingeräumten Hypothekarrechte (vom 24. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl.) und ebenso auch die allgemeinen Normen des bürgerlichen, Grundbuchs- und Exekutionsrechtes gewähren keinen Anhaltspunkt für die Annahme eines Vorzugsrechtes der Eisenbahnprioritäten. Nur im § 2 des Gesetzes betreffend die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen (vom 24. April 1874 Nr. 48 R. G. Bl.) ist ein Vorzugsrecht statuiert, jedoch ausdrücklich zu Gunsten der Pfandbriefbesitzer, als jus singulare des Pfandbriefrechtes. Die Entscheidung dieser von Haberer aufgeworfenen speziellen Frage hängt also davon ab, ob man eine Analogie mit dieser Gesetzesnorm für zulässig hält. Wir können uns gemäß dem Grundsatze „privilegia sunt stricte interpretanda" dazu nicht entschließen.

---

[16]) Über den Abschluß des Anleihevertrages, der gewöhnlich mit dem Pfandbestellungsvertrage zusammenfällt, siehe unten. Daselbst wird auch die Rolle des Prospektes beim Vertragsabschlusse genauer bezeichnet.

[17]) „Das österreichische Eisenbahnrecht" (1885) S. 151, 152.

Den gesetzlichen Bestimmungen zufolge ist für die Rangordnung der neueren Prioritätenforderungen das Datum der bücherlichen Eintragung (§ 50 Eisenbahnbuchgesetz), für jene der vor der Wirksamkeit des Eisenbahnbuchgesetzes ausgegebenen Teilschuldverschreibungen der Zeitpunkt der Zusicherung des Pfandrechtes, eventuell die lex contractus (§ 48 Eisenbahnbuchgesetz) entscheidend.

Die Zusicherung des Pfandrechtes erfolgt in der Regel schon vor der Ausgabe der Prioritätsobligationen zugleich mit der Zusicherung der aus der Obligation entspringenden Leistungen (Verzinsung, Schuldtilgung usw.) im Prospekte.

Gewöhnlich wird in der Form des Prospektes die Offerte der das Anlehen aufnehmenden Eisenbahngesellschaft[18]) veröffentlicht und diese Offerte seitens der künftigen Obligationäre durch die „Zeichnung" einer Anzahl von Obligationen angenommen.

Die Erwähnung dieses Vorganges führt zu der von den Gesetzen der einzelnen Staaten in verschiedener Weise gelösten Frage, ob eine solche Schuldverschreibung einen Teil einer einheitlichen Forderung oder aber eine von vielen gleichartigen Forderungen gegen die emittierende Gesellschaft repräsentiert.

Auf den ersten Standpunkt stellte sich das Schweizer „Bundesgesetz über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft" vom 24. Juni 1874, indem es in Artikel 15 den Satz aufnahm: „Jedes Anleihen, auch wenn es in Partialobligationen zerfällt, bleibt eine einheitliche Forderung". Der Botschaft zu diesem Gesetze entnehmen wir,

---

[18]) Dasselbe hätte für den Staat zu gelten, falls derselbe Eisenbahnprioritäten ausgeben wollte. In Österreich ist dieser Fall noch nie vorgekommen, hingegen öfters die Übernahme von Prioritätsschulden durch den Staat. Es wird im folgenden der spezielle Hinweis auf den analogen Fall unterlassen.

daß hauptsächlich vermöge dieser Konstruktion der Möglichkeit vorgebeugt werden sollte, „daß ein einzelnes Individuum die Nachteile einer unzeitigen Liquidation im Widerspruch mit den öffentlichen Interessen, und zum Schaden aller anderen Beteiligten unbeachtet lassen würde".[19]) Da im Augenblicke der Ausgabe der Partialobligationen tatsächlich von einer „Gesamtheit der Emission" gesprochen werden kann, läßt sich, wie Meili[20]) gezeigt hat, auch theoretisch diese Konstruktion verwerten und vertreten.

Einen ganz anderen, nämlich den zweiten Standpunkt, nimmt das österreichische Recht ein,[21]) ohne aber das Rechtsleben jenen von dem schweizerischen Gesetzgeber befürchteten Gefahren auszusetzen.

Der Kernpunkt der österreichischrechtlichen Konstruktion, der sich juristische Feinheit, gepaart mit Zweckmäßigkeit, nicht absprechen läßt, liegt in den §§ 9, 11, 12 und 13 des Gesetzes vom 24. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl. (betreffend die gemeinsame Vertretung der Rechte der Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Teilschuldverschreibungen und die bücherliche Behandlung der für solche Teilschuldverschreibungen eingeräumten Hypothekarrechte).

Allerdings wird anerkannt, daß die Teilschuldverschreibungen eine Mehrheit von Obligationen repräsentieren, und daß gegenüber dem Verpflichteten selbständige Rechte eines einzelnen Besitzers einer Teilschuldverschreibung aus einem besonderen Rechtsverhältnisse entspringen können (§ 9). Aber das österreichische Gesetz gewährt nur ein

---

[19]) Darüber vgl. Meili, „Das Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahnen" (1879) S. 79 ff., insbesondere S. 80, 81, 82. Text des Gesetzes S. 127 ff.

[20]) A. a. O. S. 83 ff.

[21]) Schon Meili a. a. O. S. 86 macht auf diesen Unterschied aufmerksam.

einheitliches Recht zur Geltendmachung der Partialobligationen an dem Pfandobjekte. Die Hypothek, mit welcher dieses Objekt belastet wird, kann und darf nur eine sein. Gleichzeitig aber sucht der Gesetzgeber den Erwerber einer Teilschuldverschreibung in seinem Rechte möglichst zu sichern. Beides wird erreicht, indem es zur Vorbedingung für die Ausgabe von Teilschuldverschreibungen gemacht wird, daß eine Hypothek für eine dem gesamten Betrage der Anleihe gleichkommende Forderung vor der Ausgabe dieser Obligationen bereits im Grundbuche eingetragen sein muß (§ 11 des Gesetzes vom 24. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl., für Eisenbahnen speziell § 50 des Eisenbahnbuchgesetzes). Gemäß § 12 des ersteren Gesetzes ist statt der Benennung des Berechtigten der Gesamtbetrag der Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt wird, nebst den wesentlichen Bestimmungen über Ausgabe, Zahl, Höhe und Rückzahlung der Teilschuldverschreibungen bei der Eintragung des Pfandrechtes anzugeben.

In der Zeit zwischen dieser Eintragung und der Ausgabe (Zeichnung und Begebung) der Obligationen liegt, wie sich aus dem Gesagten ergibt, de facto eine Eigentümerhypothek der Unternehmung vor. Der einzige Fall einer Eigentümerhypothek im österreichischen Rechte ist eben jener der Einverleibung eines Pfandrechtes für noch nicht ausgegebene Teilschuldverschreibungen.

Die Bedeutung dieser Eigentümerhypothek ist dieselbe, welche Jhering[22]) in den nachfolgenden Sätzen für die Eigentümerhypothek im allgemeinen klargelegt hat. Nach seinen Ausführungen gewinnt der Eigentümer durch die Eintragung einer Eigentümerhypothek „die Möglichkeit, jederzeit ohne weitere Weitläufigkeit eine Realsicherheit gewähren zu können.

[22]) In der Abhandlung „Passive Wirkungen der Rechte", Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jena 1871) Bd. X, S. 491, 492.

Er hat ein mobiles Wertobjekt in Händen, das er wie jeden anderen Gegenstand in momentaner Geldverlegenheit versetzen und ohneweiters einlösen kann. Im Pfandbuch selber werden diese Geschäfte ebensowenig sichtbar, wie im Wechsel die Zirkulation desselben in Form des Blankoindossaments; es ist daher auf diese Weise das Eintragungsprinzip mit dem Traditionsprinzip vereinigt, d. h. innerhalb des Rahmens der Eintragung, welche die Bewegung dadurch erschwert, daß sie bücherlich fixiert ist, die freie Beweglichkeit gewonnen, welche der Tradition eigen ist. — Anstatt das Pfandrecht auf Namen des Eigentümers einzutragen, läßt es sich auch auf die abstrakte Person des demnächstigen Inhabers des Pfandbriefes stellen". Hiebei ist bloß zu bemerken, daß Jhering das Wort „Pfandbrief" nicht im technischen Sinne des österreichischen Rechtes, sondern vielmehr in einem ähnlichen Sinne anwendet, wie er neuerdings dem Worte „Hypothekenbrief" im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche (§§ 1116 ff., 952 usw.) beigelegt wird.

Hingegen können die unmittelbar folgenden Sätze Jherings, welche mit der Natur des österreichischen Hypothekenrechtes im Widerspruche stehen, nur auf das gemeine, aber nicht auf das österreichische Recht angewendet werden: „Hier wie dort — (bei Eintragung auf den Namen des Eigentümers oder auf die abstrakte Person des Schuldverschreibungsbesitzers) — entsteht das Pfandrecht nicht mit seiner Begründung, sondern erst mit der Weiterbegebung des Pfandbriefes . . . Dieses Verhältnis . . . nimmt . . . den Charakter eines Rechtes erst an, sowie die Interessen verschiedener Personen miteinander kollidieren. Gleichwohl aber ist der Keim des Rechtes bereits gelegt, und gerade darauf zielt ja das ganze Institut ab, das für die Zukunft in Aussicht genommene Recht in einer Weise vorzubereiten, daß es nur noch des Hinzutretens irgendwelcher anderer Tatsachen bedarf, um das Recht zur Existenz zu bringen. Diese

Sicherstellung des künftigen Rechtes auf dem Wege der Eintragung wird ermöglicht vermittelst des uns wohlbekannten Mechanismus der Gebundenheit der Sache für einen künftigen Rechtszweck."

Nach österreichischem Rechte konstituiert eben die Gebundenheit einer Sache für eine künftige Befriedigung eines Gläubigers aus derselben schon ein Pfandrecht, und zwar, wenn diese Gebundenheit infolge einer grundbücherlichen Eintragung entsteht, ein Hypothekenrecht. Nur die Person des Gläubigers ist noch unbestimmt. Dieselbe wird beim Kollektivhypothekenrechte überhaupt nicht bücherlich fixiert; in jenem Augenblicke aber sind die einzelnen Forderungen der Kollektivhypothekengläubiger überdies noch nicht einmal entstanden. Das Hypothekenrecht wird mit dem Zeitpunkte der Eintragung in das öffentliche Buch, speziell in das Eisenbahnbuch, begründet; und zwar jenes für Eisenbahnprioritäten gemäß § 50 Eisenbahnbuchgesetz bei neueren Prioritätsanlehen noch vor der Ausgabe der Obligationen.[23])

Durch die Begebung einer Teilschuldverschreibung entsteht eine besondere, selbständige Forderung des Erwerbers gegen die Unternehmung. Mit einer solchen Teilschuldverschreibung wird zugleich ein Anteil an dem für die gesamte Summe des Anlehens begründeten Pfandrechte erworben und übertragen. Nach den Worten des Gesetzes (§ 13 Gesetz vom 24. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl.) wird „mit dem Erwerbe einer Teilschuldverschreibung . . . zugleich das Pfandrecht mit der aus der bücherlichen Eintragung für den Gesamtbetrag

---

[23]) Nach Krainz-Pfaff-Ehrenzweig (System, II. Bd., 3. Aufl., S. 97) kann das Pfandrecht schon von dem Tage der Ausstellung des Papiers an begründet werden. Obwohl die genannten Autoren anscheinend hiebei vor allem das nicht hypothekarische Pfandrecht im Auge haben, dürfte der Satz schon aus technischen Gründen (wegen der genauen Bezeichnung der Anleihe bei der Eintragung) in der Praxis auch für unseren Spezialfall zutreffen.

der Forderung (§ 12) sich ergebenden Rangordnung erworben". Ganz deutlich wird diese Norm durch den unmittelbar folgenden Satz: „Die bücherliche Eintragung der Erwerbung einzelner Teilschuldverschreibungen findet nicht statt." Es handelt sich also nicht um Neukonstituierung und sodann Übertragung mehrerer Pfandrechte in der Rangordnung der früheren Eintragung, sondern um Übertragung eines Anteilsrechtes an einem einheitlich bleibenden Pfandrechte.

Zur Geltendmachung ihrer Rechte gegenüber dem Pfandschuldner brauchen die Gläubiger folgerichtig ein gemeinsames Organ, wenn gemeinsame Rechte in Frage kommen, und insbesondere dann, wenn es sich um die Befriedigung aus der Pfandsache handelt.[24])

Bei dem regelmäßigen Gange der Dinge tritt für die Gesamtheit der Besitzer von Eisenbahn-Prioritätsobligationen zunächst der Regierungskommissär der betreffenden Eisenbahn als gesetzlicher Vertreter ein. Als eine durch positive Rechtssatzung geschaffene Eigentümlichkeit des österreichischen Rechtes erscheint es, daß dieser staatliche Funktionär nicht bloß die Interessen des Staates als Organisation und in gewissem Sinne auch jene des Staatsschatzes,[25]) sondern ebenso jene der Prioritäre vertritt. Diese Interessen sind eben von der Gesetzgebung mit einem besonderen staatlichen Schutze ausgestattet worden. Der Regierungskommissär hat insbesondere bei Abtrennung von Eisenbahngrundstücken von der Eisen-

---

[24]) Das Gesetz vom 24. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl. beschäftigt sich allerdings mehr mit dem gemeinsamen Kurator als mit dem Regierungskommissär. Dies kann aber für die folgende Darstellung nicht so maßgebend sein als der praktische Gesichtspunkt, zuerst die gewöhnlichen und sodann erst die außergewöhnlichen Fälle zu erörtern. Überdies haben wir es an dieser Stelle mit den Eisenbahnschuldverschreibungen speziell, nicht mit Teilschuldverschreibungen überhaupt zu tun.

[25]) Darüber vgl. den Abschnitt über „Eisenbahnen und Rechte an denselben als Objekte des Hypothekarrechts."

bahneinlage zu prüfen, ob hiedurch nicht der Sicherheit der Prioritäten Abbruch geschieht. Eine solche Abtrennung kann nur stattfinden, wenn entweder ein gemeinsamer Kurator für die Besitzer der Teilschuldverschreibungen unter Genehmigung der Kuratelsbehörde zustimmt, oder der Regierungskommissär bestätigt, „daß die Sicherheit der Teilschuldverschreibungen durch die Abtretung nicht gefährdet werde“ (§ 14 Gesetz vom 24. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl.).

Eine Löschung des Pfandrechtes für Prioritätsobligationen, beziehungsweise für einen Teil des einverleibten Betrages kann außer nach den allgemeinen hypothekarrechtlichen Vorschriften auch dann bewilligt werden, wenn entweder die eingelösten und für den Verkehr unbrauchbar gemachten Prioritätsobligationen vorgelegt werden oder eine Bestätigung des Regierungskommissärs darüber, daß die Einlösung der Prioritätsobligationen in Gemäßheit der hiefür geltenden Bestimmungen erfolgte und daß die eingelösten Prioritätsobligationen unbrauchbar gemacht wurden (§ 15, Abs. 1 und 2 des zitierten Gesetzes). Wenn eine solche Obligation amortisiert wurde, kann die Pfandrechtslöschung auf Grund einer Quittung über die geleistete Zahlung und einer vom Regierungskommissär bestätigten Erklärung des Berechtigten und des Verpflichteten erfolgen, daß die Ausgabe eines Duplikates nicht stattgefunden hat (§ 15 Abs. 3 des zitierten Gesetzes). Falls Liegenschaften, auf welchen Pfandrechte für Prioritäten haften, zur Versteigerung gelangen, ist der Regierungskommissär zu verständigen (§ 171 E. O.). Dies gilt kraft der Analogie auch bei Eisenbahnen.

Über Antrag des Regierungskommissärs oder irgend eines Beteiligten ist ein gemeinsamer Kurator zu bestellen „in allen Fällen, in welchen es sich ergibt, daß die Rechte der Besitzer von Teilschuldverschreibungen wegen des Mangels einer gemeinsamen Vertretung gefährdet oder die Rechte eines andern in ihrem Gange gehemmt würden. Insbesondere ist auch

im Falle eines über das Vermögen des aus den Teilschuldverschreibungen Verpflichteten ausgebrochenen Konkurses zur Vertretung der Rechte der Besitzer dieser Teilschuldverschreibungen ein Kurator zu bestellen" (§§ 3 und 1 des Gesetzes vom 24. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl.). Zur Bestellung ist das Handelsgericht (der Gerichtshof) berufen, bei welchem die Firma der Bahnunternehmung [26]) protokolliert ist (§ 2 des zitierten Gesetzes). Die einzelnen Prioritäre können gemeinsame Rechte nicht selbständig geltend machen. Wohl aber dürfen sie in einen vom gemeinsamen Kurator geführten Prozeß als Intervenienten auf ihre Kosten eintreten (§ 9 des zitierten Gesetzes; „Nebenintervention" nach § 17 Z. P. O.). Falls der Kurator eine Rechtshandlung vornehmen muß, die wegen ihrer Wichtigkeit einer kuratelgerichtlichen Genehmigung bedarf, hat das Gericht eine Versammlung der Prioritätenbesitzer „zum Zwecke ihrer Einvernehmung und zur Wahl von drei Vertrauensmännern und von drei Ersatzmännern" einzuberufen. Die näheren Vorschriften hierüber und über die Führung der Kuratel enthält das Gesetz vom 5. Dezember 1877 Nr. 111 R. G. Bl. Der Kurator hat bei „Rechtshandlungen, die der kuratelgerichtlichen Genehmigung bedürfen", [27]) und über welche ein Antrag der Versammlung der Prioritäre vorliegen muß, um die Genehmigung des Kuratelgerichtes einzuschreiten. Das Gericht hat hierüber zu entscheiden und es können die Entscheidungen sowohl vom Kurator als von jedem der Prioritäre (auch von mehreren in einer gemeinschaftlichen Eingabe) im gesetzlichen Instanzenzuge „mittels der gesetzlich

---

[26]) Vgl. § 8 Eisenbahnbuchgesetz Abs. 3.

[27]) § 15 zit. Ges., dem diese Worte entnommen sind, sagt nicht, welche Rechtshandlungen darunter zu verstehen sind. Es ist eine taxative Aufzählung solcher Rechtshandlungen in keinem österreichischen Gesetze enthalten, und so ist wohl aus § 13 des zitierten Gesetzes zu schließen, daß „alle wichtigen Geschäfte" dieser Genehmigung unterliegen.

zulässigen Rechtsmittel" (also gegenwärtig durch Rekurse) angefochten werden.[28])

Das Recht der Pfandbriefe.

Um den Grundbesitzern billigen Hypothekarkredit zu verschaffen, hat die Gesetzgebung der modernen Staaten seit dem 18. Jahrhundert ein Rechtsinstitut geschaffen und ausgebildet, durch welches „der flüssig gemachte Verkehrswert des Grund und Bodens in die Form des Inhaberpapieres gegossen",[29]) „eine teilweise Mobilisierung des Grundeigentums" bewirkt wurde.[30]) Das Problem wurde zuerst in Preußen unter der Regierung Friedrichs des Großen in der Weise gelöst, daß unter Garantie einer Korporation von Grundbesitzern einer Provinz, der sogenannten „Landschaften", Schuldverschreibungen ausgegeben und diese, „gleich als wären sie selbst die Kreditoren", auf das jeweils verpfändete Grundstück eingetragen wurden.[31]) Diesen alten preußischen Pfandbriefen stand ein Kollektivhypothekenrecht (nach der von uns gewählten Bezeichnung) an dem Grundstücke in ebensolcher Weise zu, wie es heutzutage für Prioritätsobligationen, beziehungsweise deren Inhaber, an der Eisenbahneinlage besteht.

„Die heutigen Pfandbriefe sind dagegen Schuldverschreibungen, welche von einem dazu berechtigten Hypothekargläubiger auf Grund der ihm geschuldeten Hypothekarforde-

---

[28]) §§ 15 mit 13 und § 16 des zit. Gesetzes vom 5. Dezember 1877.

[29]) Kunze, „Die Lehre von den Inhaberpapieren", S. 18.

[30]) Kohlschütter „Über die landwirtschaftlichen Kreditsysteme" in Rau's Archiv der politischen Ökonomie, N. F. Bd. I, 1843, zitiert bei Kunze a. a. O. S. 18.

[31]) Über die historische Entwicklung ausführlicher: Pavliček, „Das Pfandbriefrecht", Wien 1895 und die von Felix Hecht im „Handwörterbuch der Staatswissenschaften" (II. Aufl., 4. Bd. 1900) unter dem Artikel „Hypothekenbanken" angegebene Literatur.

rungen ausgegeben werden und in diesen ihre Deckung zu finden haben." [32]) In Österreich besteht seit dem Gesetze vom 24. April 1874 Nr. 48 R. G. Bl. für die Besitzer von Pfandbriefen ein Kollektivpfandrecht an jenen Vermögensobjekten einer zur Ausgabe von Pfandbriefen berechtigten Anstalt, „welche statutenmäßig zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe zu dienen haben".[33]) Soweit diese Vermögensobjekte Hypothekarforderungen einer solchen Anstalt sind, genießen die Pfandbriefforderungen demnach ein Kollektiv-Afterpfandrecht, welches in die öffentlichen Bücher eingetragen (nicht einverleibt oder vorgemerkt, aber immerhin ersichtlich gemacht) wird. Sonach besitzt dieses Recht innerhalb der erwähnten Schranken hypothekarischen Charakter.

Diese letzte Schlußfolgerung ist nicht unbestritten. Im wesentlichen stimmt die hier vertretene Auffassung überein mit jener Krainz-Pfaff-Ehrenzweigs, nach welcher die Pfandbriefe gedeckt sind „durch eine gesetzliche (und darum einer Superintabulation nicht bedürfende) Afterhypothek an den den emittierenden Anstalten bestellten Hypotheken".[34]) Exner[35]) betrachtet hingegen die Pfandbriefe als „einfache Obligationen, welche durch (unter staatlicher Aufsicht ausgestellte) Inhaberurkunden einer gewissen Form verbrieft, und mit einem erst durch das Gesetz vom 24. April 1874 Nr. 48 R. G. Bl. geregelten besonderen privilegium exigendi im Konkurs der emittierenden Anstalt begabt sind". Nach

---

[32]) Pavliček a. a. O. S. 11, 12.

[33]) Aus § 1 des zitierten Gesetzes. Die nähere Begründung dieses Satzes und die abweichenden Theorien Exners u. a. siehe unten.

[34]) „System" (3. Aufl.) Bd. I, S. 816. Dieser Ansicht schließt sich auch Pavliček a. a. O. S. 65, 66 an. Singer („Beiträge zum Pfandbriefwesen ꝛc." Wien 1891, S. 60) spricht von einem „gesetzlichen Pfandrecht".

[35]) „Das östreichische Hypothekenrecht", S. 377, Anm. 4.

dieser Meinung enthalten also die Pfandbriefe „ihrem Namen zum Trotz überhaupt keine Pfandrechte". Durch die Eintragung der „Haftung als Kaution zur Sicherstellung für die Befriedigung der Ansprüche aus den . . . Pfandbriefen" würde nur „jenes privilegium exigendi für jedermann erkennbar gemacht, keineswegs ein Hypothekarrecht begründet. Das erhellt schon daraus, daß das Kautionsband durch einseitige Verfügung des Schuldners jederzeit wieder beseitigt werden kann, wenn (nach der Überzeugung des Regierungskommissärs) für die vorhandenen Pfandbriefschulden anderweitig die statutenmäßige Deckung vorliegt; womit gesetzlich anerkannt ist, daß den Pfandbriefbesitzern als solchen eben nur das Recht auf „statutenmäßige Deckung" überhaupt zukommt, nicht aber ein Hypothekarrecht an den Objekten, welche jeweils vom Schuldner dem Zwecke der Deckung gewidmet sind. Diese Widmung selbst ist ein Akt der inneren statutenmäßigen Gebarung der Anstalt, nicht Pfandsetzungsvertrag mit den Gläubigern".

Dazu ist nun zu bemerken, daß das österreichische Gesetz den Pfandbriefbesitzern keineswegs bloß ein Privilegium im Konkurse gewährt. Vielmehr kann nach § 2 Abs. 1 auf die zur Deckung der Pfandbriefe bestimmten Vermögensobjekte auch die Exekution „nur unbeschadet dieses Rechtes" erwirkt werden, das sogar kraft derselben Gesetzesstelle den Vorzug vor anderen Pfandrechten genießt. Hiezu kommt die schon von Pavlíček[36]) geltend gemachte Erwägung, daß nach der österreichischen Konkursordnung[37]) (§ 30) die Realgläubiger, denen allein ein Anspruch auf abgesonderte vorzugsweise Befriedigung aus einer besonderen Masse zusteht, „aus einem dinglichen Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus bestimmten Gütern des Gemeinschuldners Anspruch

---

[36]) A. a. O. S. 66.

[37]) Vom 25. Dezember 1868, R. G. Bl. 1869 Nr. 1.

haben" müssen.[38]) Die Möglichkeit der Beseitigung des Kautionsbandes unter Zustimmung des Regierungskommissärs aber erscheint in ganz anderem Lichte, wenn in dem Regierungskommissär der gesetzliche Vertreter der Pfandbriefgläubigerschaft erkannt wird: Diese Zustimmung ist tatsächlich eine Pfandrechtsauflassung.

Was endlich die Widmung einer Hypothek oder sonstiger Vermögensobjekte als Kaution für Pfandbriefe betrifft, so ist sie allerdings zunächst ein Akt der inneren Gebarung der Pfandbriefanstalt. Dieser Widmungsakt als solcher berechtigt aber keineswegs die Anstalt zur Ausgabe von Pfandbriefen — er ist juristisch ganz bedeutungslos. Vielmehr muß vor der Ausgabe von Pfandbriefen die Haftung von Hypothekarforderungen als Kaution zur Sicherstellung für die Befriedigung der Ansprüche aus den Pfandbriefen in den öffentlichen Büchern auf Grund einer von der Anstalt auszustellenden Erklärung eingetragen (§ 5 zit. Ges.) oder es müssen bares Geld oder pupillarsichere Wertpapiere abgesondert von dem übrigen Vermögen der Anstalt unter Mitsperre des Regierungskommissärs verwahrt sein (§ 6 zit. Ges.). Daß sonst die staatliche Bewilligung zur Ausgabe von Pfandbriefen (§ 4 zit. Ges.) nicht erteilt werden kann, geht aus der Bestimmung des § 11 des Gesetzes vom 24. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl. hervor.[39]) Diese Bestimmung ist, woferne sie nicht etwa nach der Absicht des Gesetzgebers sich auch auf die Pfandbriefe bezieht, mindestens analog anzuwenden.

---

[38]) Karl Schwarz, „Österreichisches Konkursrecht" (Wien 1894), sagt über das Recht dieser „Absonderungsberechtigten" (S. 98): „Ein solches Recht muß ein dingliches Recht, welches auf vorzugsweise Befriedigung aus den bestimmten Gütern des Gemeinschuldners gerichtet ist, sein. Dieses Recht ist entweder ein Pfandrecht oder ein Retentionsrecht".

[39]) Darüber siehe den vorigen Abschnitt über „Eisenbahnprioritätsobligationen".

Exners Ansicht aber trifft allerdings ungefähr bei einer anderen Gattung von Wertpapieren zu, die gleichfalls von Pfandbriefanstalten ausgegeben zu werden pflegen und deshalb an dieser Stelle kurz erwähnt werden sollen. Es sind dies die sogenannten „Kommunalobligationen"; diese sind Teilschuldverschreibungen der Anstalt auf Grund nicht hypothekarischer Darlehen, welche „an inländische Körperschaften des öffentlichen Rechtes oder gegen Übernahme der vollen Gewährleistung durch eine solche Körperschaft" [40]) gewährt werden. Nach dem Prospekte und dem Texte der Obligationen ist den Besitzern dieser in der Regel ein privilegium exigendi oder eine besondere Haftung der Forderung gegen die betreffende Korporation (Gemeinde, Kommune, daher der Name „Kommunalobligation") in Aussicht gestellt. Es fehlt aber an einer besonderen Norm des österreichischen Rechtes, welche diese Haftung wirksam werden läßt. Ein Pfandrecht nach § 294 E. O. ff. kommt in solchen Fällen begreiflicherweise kaum vor. Nach dem deutschen Reichsgesetze über die Hypothekenbanken (§ 41) sind die Kommunalobligationen im wesentlichen den Pfandbriefen gleichgestellt. Freilich aber nimmt gerade dieses Gesetz bei der Regelung der Pfandbrieffrage einen ähnlichen Standpunkt wie Exner ein.

Die Anstalten, welche zur Ausgabe von Pfandbriefen berechtigt sind, heißen im Deutschen Reiche „Hypothekenbanken" und können nach dem Reichshypothekenbankgesetze vom 13. Juli 1899 entweder Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien sein. Pfandbriefe sind Schuldverschreibungen, welche auf Grund der von solchen Anstalten erworbenen Hypotheken ausgegeben werden. Daß diese Schuldverschreibungen auf Inhaber lauten, wird weder nach dem

---

[40]) Worte des deutschen Gesetzes über die Hypothekenbanken vom 13. Juli 1899, Nr. 32 des deutschen R. G. Bl., § 5.

Rechte des Deutschen Reiches, noch nach österreichischem Gesetze erfordert. Im Gegenteile spricht § 3 Abs. 4 des österreichischen Gesetzes, betreffend die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen (vom 24. April 1874 Nr. 48 R. G. Bl.) dafür, daß auch die Ausgabe von Pfandbriefen an die Ordre einer bestimmten Person, welche durch Indossament übertragbar sind, zulässig ist. Nach dieser Gesetzesstelle finden auf die gemeinsamen Kuratoren für Pfandbriefbesitzer „die Bestimmungen Anwendung, welche in Ansehung der gemeinsamen Kuratoren zur Vertretung der Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Teilschuldverschreibungen gelten". In der Tat kommen Pfandbriefe auch als Ordrepapiere vor.[41])

Das gemeinsame Afterhypothekarrecht für die Besitzer von Pfandbriefen muß in den öffentlichen Büchern in der Weise eingetragen werden, daß die Haftung der „zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe bestimmten Vermögensobjekte" der Pfandbriefanstalt, „an welchen ein bücherliches Recht erworben werden kann", „als Kaution zur Sicherstellung für die Befriedigung der Ansprüche aus den von der Anstalt ausgegebenen Pfandbriefen" aus dem Grundbuche (der Landtafel, dem Berg-, Eisenbahnbuche usw.) ersichtlich ist. (§§ 4 und 5 des Pfandbriefgesetzes vom 24. April 1874 Nr. 48 R. G. Bl.) Dies geschieht gewöhnlich, indem bei den der Anstalt zustehenden Forderungen angemerkt wird, daß „dieselben als Kaution zur Sicherstellung usw." zu haften haben. Man hat diese Anmerkung, da sie die freie Verfügung der Anstalt über ihre Forderung ausschließt, mehrfach mit den Anmerkungen der Minderjährigkeit, der

---

[41]) So die auf bestimmte Namen lautenden Pfandbriefe der Österr.-ungar. Bank nach §§ 49 und 50 der Statuten der Hypothekarkreditabteilung. (Min.-Erl. vom 20. März 1856 Nr. 36 R. G. Bl. siehe Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, „System" (3. Aufl.) Bd. I., S. 815, Anm. 25.)

Konkurseröffnung usw. verglichen.[42]) Wir glauben sie mit der Anmerkung der Zwangsverwaltung und jener der Einleitung des Versteigerungsverfahrens in Parallele setzen zu dürfen. Wie durch jene Anmerkungen ein — unvollständig, einseitig entwickeltes — Hypothekenrecht begründet wird,[43]) so entsteht durch die Anmerkung der Haftung als Kaution für Pfandbriefe ein Afterhypothekarrecht.

Dieses Afterhypothekarrecht ist ebenfalls kein „bücherliches Recht“ im technischen Sinne, da es nicht durch bücherliche Eintragungen übertragen oder belastet werden kann.

Das Afterhypothekarrecht ist entweder vor Ausgabe der Pfandbriefe einzutragen, und zwar müssen die Pfandbriefe in der Regel nach den Statuten der einzelnen Pfandbriefanstalten durch Hypotheken von mindestens gleichem Kapitalsbetrage und Zinsfuße gedeckt sein,[44]) oder die Anstalt hat „nach Maßgabe der Statuten bares Geld oder Wertpapiere als Kaution“ zu bestellen (§ 6 des Gesetzes vom 24. April 1874 Nr. 48 R. G. Bl.).

In dem ersteren Falle ergibt sich während der Zeit zwischen der Anmerkung der Haftung als Kaution und der Ausgabe der Pfandbriefe eine Analogie mit jenem Falle der Eigentümerhypothek, den wir bei der Besprechung der Prioritätsobligationen kennen lernten.

Ob die Afterhypothek für Pfandbriefe als Kautionshypothek zu betrachten sei oder nicht, läßt sich angesichts

---

[42]) So Pavliček, „Zur Anwendung der österreichischen Gesetze vom 24. April 1874, Nr. 48 und 49 R. G. Bl.“ in den „Juristischen Blättern“ 1891, Nr. 1—4, speziell Nr. 4 S. 38.

[43]) Vgl. den Abschnitt über „Das Befriedigungsrecht als unvollständig entwickeltes Pfandrecht“.

[44]) Eine ausdrückliche gleichartige Bestimmung enthält das deutsche Gesetz über Hypothekenbanken im § 6: „Der Gesamtbetrag der im Umlaufe befindlichen Hypothekenpfandbriefe muß in Höhe des Nennwertes jederzeit durch Hypotheken von mindestens gleicher Höhe und mindestens gleichem Zinsertrage gedeckt sein“.

des dürftigen Gesetzesmaterials nicht mit Sicherheit feststellen: Dafür spricht der Wortlaut des Gesetzes, dagegen die Analogie mit sonstigen Teilschuldverschreibungen.[45])

Die gemeinsame Afterkollektivhypothek bleibt unberührt, wenn auch die einzelnen Teilforderungen zugleich mit den Pfandbriefen, an deren Besitz sie geknüpft sind, an andere Inhaber übertragen werden. Dieser letztere Umstand bedingt auch die Übertragung der Anteilsrechte an der Kollektivhypothek, welche ohne irgend eine Eintragung ins Grundbuch erfolgt. Es ist eben durch die Eintragung des Pfandrechtes für die jeweiligen Inhaber der Pfandbriefe im Sinne Iherings,[46]) nämlich durch die Anmerkung, daß eine Hypothekarforderung als Kaution zur Sicherstellung für die Befriedigung der Ansprüche aus Pfandbriefen hafte (§ 5 des Pfandbriefgesetzes vom 24. April 1874), „das Eintragungsprinzip mit dem Traditionsprinzip vereinigt".[47])

Kraft der besonderen Bestimmung des § 2 Pfandbriefgesetz haben „die Besitzer von Pfandbriefen . . . das Recht, aus den — statutenmäßig zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe dienenden — Vermögensobjekten der Anstalt vorzugsweise befriedigt zu werden, daher Gläubiger der Anstalt, deren Forderungen nicht aus Pfandbriefen entspringen, eine Exekution nur unbeschadet dieses Rechtes erwirken können". Laut des zweiten Absatzes desselben Paragraphen sind die Pfandbriefgläubiger im Konkurse der Anstalt Realgläubiger und bilden eben die bezeichneten Vermögensobjekte die „besondere Masse" (§ 30 K. O.). Das Pfandrecht, beziehungsweise Afterpfandrecht für Pfandbriefforderungen genießt also unbedingt den Vorzug vor allen anderen For-

[45]) Siehe den vorigen Abschnitt.

[46]) Vgl. den vorigen Abschnitt, S. 158.

[47]) Worte Iherings aus dem im vorigen Abschnitt a. a. O. enthaltenen Zitate.

derungen, es ist ein „Vorzugspfandrecht" mit stärkster Wirkung.

Als gesetzlicher Vertreter der Pfandbriefgläubiger in allen Fällen, in welchen gemeinsame Rechte derselben gegenüber der Pfandbriefanstalt in Frage kommen, erscheint der Regierungskommissär. Die Befugnisse dieses Funktionärs sind unbeschränkbar. Wenn „nach Maßgabe der Statuten" (d. h. für die nicht durch Hypothekarforderungen gedeckten Pfandbriefe) bares Geld oder pupillarsichere[48]) Wertpapiere als Kaution bestellt werden, sind diese Kautionsobjekte abgesondert von dem übrigen Vermögen der Anstalt unter Mitsperre des Regierungskommissärs zu verwahren (§ 6 Abs. 1 Pfandbriefgesetz). In solchen Fällen erwirbt der Regierungskommissär in Vertretung der Pfandbriefgläubiger für diese ein Faustpfandrecht an den verwahrten Wertobjekten.

Eine Verfügung über die zur Deckung der Pfandbriefe bestimmten Vermögensobjekte kann nur mit Zustimmung des Regierungskommissärs erfolgen;[49]) Eintragungen können in den öffentlichen Büchern zum Zwecke einer solchen Verfügung nur vorgenommen werden, wenn die Urkunden, auf Grund welcher diese Eintragungen erfolgen sollen (§ 26 Grundb.-Ges.), vom Regierungskommissär mitgefertigt sind. Insbesondere kann auch die gänzliche oder teilweise „Löschung des Kautionsbandes" auf Grund einer amtlichen Bestätigung des Regierungskommissärs erfolgen, „daß das belastete Vermögensobjekt gänzlich oder teilweise aufgehört habe, als Kaution für die Befriedigung der Pfandbriefbesitzer zu dienen" (§§ 1 und 5 Pfandbriefgesetz).

Der Regierungskommissär ist durch das Gericht zu ver-

---

[48]) Nur solche sind als Kaution für Pfandbriefe zulässig (§ 6 Abs. 2 Pfandbriefges.)

[49]) Dieser hat sich vorher zu überzeugen, daß durch die Verfügung die statutenmäßige Deckung der Pfandbriefe nicht beeinträchtigt wird (§ 1 Abs. 2 zit. Ges.).

ständigen 1. von der Eintragung sowie von der Löschung des Kautionsbandes (§ 5 zit. Ges.); 2. von der Exekution auf ein Vermögensobjekt der Pfandbriefanstalt (§ 3 zit. Ges.); 3. nach einer Spezialvorschrift der Exekutionsordnung (§ 171 E. O.) auch von der Versteigerung einer Liegenschaft, auf welcher Hypotheken haften, die als Kaution für Pfandbriefe bestellt sind. Allerdings setzt § 171 E. O. voraus, daß „für auf Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Teilschuldverschreibungen Pfandrechte haften und diese Teilschuldverschreibungen von einer Unternehmung ausgegeben wurden, die unter besonderer staatlicher Aufsicht steht". Doch ist, trotzdem den Pfandbriefen ja nur ein Afterpfandrecht (kein Pfandrecht an der Liegenschaft) zusteht, diese Norm zweifellos auch gegenüber dem Regierungskommissär einer Pfandbriefanstalt zumindest per analogiam anzuwenden.[50]) Die Verständigung in diesem letzteren Falle erfolgt durch Zustellung der für die Anstalt bestimmten Ausfertigung des Versteigerungsediktes.

Wenn der Regierungskommissär von einer Exekution auf ein Vermögensobjekt einer Pfandbriefanstalt Kenntnis erhält (Fall 2) und dieses Objekt zur Deckung für die Pfandbriefbesitzer zu dienen hat, muß er das Gericht hievon verständigen, und es ist von diesem die Exekution mit Rücksicht auf das Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger einzuschränken (§ 3 Pfandbriefgesetz).

Wenn der Regierungskommissär in diesem oder einem sonstigen Falle die Rechte der Pfandbriefbesitzer für gefährdet erachtet, hat er „die Bestellung eines gemeinsamen Kurators zur Vertretung dieser Besitzer" zu erwirken. Ein solcher Kurator wird ferner bestellt: im Konkurse der Pfandbriefanstalt durch das Konkursgericht; sodann auch auf Antrag

---

[50]) Die gleiche Ansicht vertritt Schauer, „Die Exekutionsordnung" (3. Aufl., 1900). In dem Register zu dieser Ausgabe ist bei dem Schlagworte „Pfandbriefe" § 171 E. O. ausdrücklich bezogen.

desjenigen, „dessen Rechte in ihrem Gange durch den Mangel einer Vertretung der Pfandbriefbesitzer gehemmt würden". Die Bestimmungen der sogenannten „Kuratorengesetze" finden auf die diesbezüglichen Kuratelen vollinhaltlich Anwendung.[51])

In Österreich werden Pfandbriefe von Hypothekenbanken,[52]) Sparkassen und Landesanstalten ausgegeben. Wenn für die von einer Landesanstalt ausgegebenen Pfandbriefe das Vermögen eines Landes haftet, hat der Landesausschuß und beziehungsweise der vom Landesausschusse abgeordnete Kommissär alle Rechte und Pflichten, welche bei anderen Anstalten dem Regierungskommissär zustehen und obliegen (§ 7 Pfandbriefgesetz). Alle vorstehenden Ausführungen, welche den Regierungskommissär betreffen, haben demnach auch für den Landesausschußkommissär zu gelten.

Wenn wir schließlich die modernere und ungleich ausführlichere Gesetzgebung des Deutschen Reiches über die Hypothekenbanken (Gesetz vom 13. Juli 1899) zum Vergleiche heranziehen, so finden wir, daß die meisten Aufgaben des österreichischen Regierungskommissärs in der Regel bei reichsdeutschen Hypothekenbanken einem „Treuhänder" zugewiesen sind. Der Treuhänder hat im Einvernehmen mit der Hypothekenbank bei allen die Interessen der Pfandbriefbesitzer berührenden Rechtsgeschäften mitzuwirken. Diese Einrichtung würde an und für sich kein Bedenken erregen. Das deutsche Gesetz enthält aber die — jedenfalls sehr vertrauensselige — Bestimmung, daß die von der Hypothekenbank zu zahlende

[51]) Bezüglich der Einzelheiten vgl. den vorigen Abschnitt, ferner die Ausführungen Pavličeks („Das Pfandbriefrecht", S. 74 ff.)

[52] So insbesondere auch von der Österreichisch-ungarischen Bank. Einiges über die Entwickelung der österreichischen Hypothekenbanken ist von Hecht unter diesem Schlagworte in dem „Handwörterbuch der Staatswissenschaften" (von Conrad-Lexis-Loening-Elster herausgegeben), 1. und 2. Aufl., angeführt. Um den Rahmen der gegenwärtigen Arbeit nicht allzusehr zu überschreiten, muß auf eine Wiedergabe und Ergänzung dieser Daten verzichtet werden.

Belohnung des Treuhänders durch Einverständnis zwischen diesem und der Hypothekenbank festgesetzt und nur, falls ein Einvernehmen nicht zu stande kommt, vom Richter bestimmt wird. Dieser Fehler macht die vielen Vorzüge des deutschen Gesetzes beinahe wett. Denn durch die letzterwähnte Bestimmung ist es in die Hand der Hypothekenbankleitung gelegt, den willfährigen und nachsichtigen Treuhänder glänzend zu entlohnen, dem gewissenhaften und deshalb vielleicht unbequemen Treuhänder aber möglichst unangenehm zu werden und den Brotkorb höher zu hängen. In der Tat hat das Hypothekenbankgesetz, welches eben dem Treuhänder einerseits eine schwierige und verantwortungsvolle Vertrauensstellung anweist, andrerseits ihn von der Bankleitung abhängig macht, nicht verhindert, daß zwei Jahre nach dem Beginne seiner Wirksamkeit mehrere, speziell preußische Hypothekenbanken, welche zum Teile sogar eine angesehene Stellung einnahmen, ihre Zahlungsunfähigkeit erklären mußten und die Pfandbriefbesitzer einen Teil ihrer Forderungen verloren. Ausnahmsweise hat das Reichshypothekenbankgesetz bezüglich jener Banken, bei denen Regierungskommissäre der Einzelstaaten vor Beginn seiner Wirksamkeit bestellt waren, die Möglichkeit eröffnet, daß diesen Funktionären „die Obliegenheiten der Treuhänder übertragen werden" (§ 51 Reichshypothekenbankgesetz). Die Regierungen der Einzelstaaten setzen den hiefür an die Staatskasse von der Hypothekenbank zu vergütenden Betrag fest. Vielleicht als die beste Rechtfertigung dieses im großen und ganzen ja auch in Österreich geltenden Systems erscheint es, daß deutsche Hypothekenbanken, bei denen solche „Staatskommissare" fungieren, in Prospekten auf diesen Umstand — gleichsam, als ob er eine besondere Sicherheit verbürgen solle — ausdrücklich hinweisen.[53])

---

[53]) So die „Deutsche Hypothekenbank in Meiningen" in dem in der Münchener „Allgemeinen Zeitung" vom 12. Jänner 1904 Nr. 14 veröffentlichten Prospekte.

Sonstige hypothekarisch sichergestellte Wertpapiere. — Die Staatsdomänenpfandbriefe.

Außer den Prioritätsobligationen und den Pfandbriefen gibt es verschiedene Arten österreichischer Teilschuldverschreibungen, die gleichfalls ein gemeinsames Pfandrecht genießen. Soweit dieselben auf Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar sind und nicht Spezialbestimmungen der Anwendung des Gesetzes vom 24. April 1874 Nr. 49 R. G. Bl. entgegenstehen, werden die gemeinsamen Rechte der Besitzer solcher Wertpapiere ebenfalls durch einen gemeinsamen Kurator vertreten. Wenn ein Regierungskommissär für jenes Unternehmen bestellt sein sollte, das als Schuldner der Besitzer dieser Papiere erscheint, sind dessen Befugnisse — insbesondere auch bezüglich der gemeinsamen Interessen der Kollektivpfandgläubiger — nach den jeweiligen Statuten und Spezialgesetzen zu beurteilen.

In Einzelheiten kann um so weniger eingegangen werden, als die gemeinsamen Pfandrechte nicht immer auf das öffentliche Buch gegründet, also nicht immer Hypothekenrechte sind, ferner zahlreiche einschlägige Normen nicht dem Privatrechte, sondern dem öffentlichen Rechte angehören, endlich die bezüglichen privatrechtlichen Bestimmungen eine überaus große Mannigfaltigkeit aufweisen. Als Beispiel für Wertpapiere, welchen ein gemeinsames Pfandrecht zukommt, kann man die Partialhypothekaranweisungen (Salinenscheine) anführen. Trotz ihres Namens aber scheint das Pfandrecht für die Forderungen aus denselben eher ein gesetzliches als ein hypothekarisches zu sein; und überdies ist das gesamte Rechtsverhältnis zwischen den Inhabern dieser Papiere als Gläubigern und dem Staate als Schuldner nicht nach dem Privatrechte, sondern nach dem öffentlichen (Finanz-)Rechte zu beurteilen.

Der Vollständigkeit halber sollen an dieser Stelle noch die Staatsdomänenpfandbriefe erwähnt werden. In der Zeit

der größten Finanznot, zu Beginn des Jahres 1866, als Österreich vor einem mit zwei Fronten zu führenden Kriege stand, die Kassen leer waren und der Staatskredit durch die Suspension der Verfassung, die eine wirksame Finanzkontrolle unmöglich machte, aufs tiefste erschüttert war, bedurfte die Geldbeschaffung für den Staat ganz außerordentlicher Maßnahmen. So wurde dem Finanzminister durch das Gesetz vom 24. April 1866 Nr. 47 R. G. Bl. die Ermächtigung erteilt „gegen Verpfändung von unbeweglichem Staatseigentum ein Darlehen im Nominalbetrage von 60 Millionen Gulden Silber ö. W. bei einem Hypothekarkreditinstitute nach Maßgabe seiner Statuten in Pfandbriefen aufzunehmen und diese Pfandbriefe bestmöglichst zu veräußern". Tatsächlich aber kam die Anleihe in einer anderen Form zu stande, und insbesondere der Prospekt enthielt eine Klausel, welche sowohl die Garantie des Staates, als jene der Bodenkreditanstalt, als die „grundbücherliche Verpfändung von unbeweglichem Staatseigentum" den Inhabern der zu emittierenden Teilschuldverschreibungen in Aussicht stellte.[54]) Diese Schuldverschreibungen sind im Kursblatte als „Staatsdomänenpfandbriefe" unter der Rubrik „Allgemeine Staatsschuld" notiert. Die Bestimmungen der Kuratorengesetze finden auf sie Anwendung. Tatsächlich wurde ein Kurator für die Inhaber dieser Wertpapiere bestellt, als die Bodenkreditanstalt eine größere Anzahl solcher Papiere, als im ursprünglichen Tilgungsplane bestimmt war, zur Verlosung brachte.[55])

[54]) Näheres bei Benies, „Die Staatsdomänenpfandbriefe" in den „Juristischen Blättern", 1890, Nr. 9 und 12, der die Staatsdomänenpfandbriefe als Pfandbriefe der Bodenkreditanstalt betrachtet, und bei Singer (siehe die folgende Anmerkung).

[55]) Der Kurator machte gegen diesen Vorgang geltend, daß die Emission dieser Papiere ein Handelsgeschäft der Bodenkreditanstalt gewesen und bezüglich des Verfalls- (Rückzahlungs-) Tages sonach Art. 334 H. G. B. zur Anwendung zu bringen sei. Vgl. Dr. Jakob Singer,

Unvollständig entwickeltes Hypothekarrecht.

Das unvollständig (einseitig) entwickelte Pfandrecht, welches durch die Anmerkung der Zwangsverwaltung und die Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens begründet wird, — das sogenannte „Befriedigungsrecht" — kann ebensowohl die Haftung einer Liegenschaft als auch jene mehrerer Grundbuchskörper für die vollstreckbare Forderung bewirken. Insofern erscheint es bald der Singular-, bald der Simultanhypothek parallel. Doch hat die österreichische Gesetzgebung dermalen keine Formalvorschriften erlassen, welche die Bezeichnung der Einlagen als Haupt- und Nebeneinlagen (ähnlich wie bei der vollständig entwickelten Simultanhypothek) anordnen und ebensolche Konsequenzen daraus ziehen würden, wie dies die §§ 106 bis 114 Grundb.-Ges. tun. Es wäre dies auch höchst überflüssig: Denn erstens ist in der grundbücherlichen Anmerkung stets der Exekutionsbewilligungsbeschluß bezogen, der den Interessenten um so leichter zugänglich ist, als die im Vollstreckungsverfahren begründeten Rechte in der Regel ohnehin nicht auf eine so lange Dauer berechnet sind wie etwa ein Vertragspfandrecht zur Sicherstellung. Zweitens würde durch eine Anmerkung des Inhaltes, daß das Befriedigungsrecht sich auch auf andere Liegenschaften erstrecke, eine Erschwerung der Manipulation eintreten, falls der Vollzug abgesonderter Exekutionen auf mehrere Liegenschaften eines Verpflichteten im Sinne des § 22 E. O. verbunden wird.

Eine Einschränkung der Exekution nach den allgemeinen Grundsätzen des § 41 E. O. kann insbesondere auch die

---

Bericht vom 12. Juli 1890, erstattet an das k. k. Handelsgericht Wien als Kuratelsgericht in Angelegenheit der Staatsdomänenpfandbriefe, unter dem Obertitel „Beiträge zum Pfandbriefwesen in Österreich I", Wien, 1891.

Folge haben, daß von mehreren Liegenschaften, welche in Zwangsverwaltung stehen oder bezüglich welcher ein Versteigerungsverfahren eingeleitet ist, einzelne aus dem Nexus des unvollständig entwickelten Pfandrechtes befreit werden. Dieser Fall entspricht genau jenem der Einschränkung einer zwangsweisen Pfandrechtsbegründung (§ 96 E. O.) hinsichtlich eines vollständig entwickelten Simultanpfandrechtes.

Es wurde bereits erwähnt, daß die Existenz des Befriedigungsrechtes unberührt bleibt, falls nach § 201 E. O. statt des Versteigerungsverfahrens die Zwangsverwaltung der Liegenschaft angeordnet wird (insbesondere wenn die vollstreckbare Forderung „samt Nebengebühren aus den voraussichtlichen Ertragsüberschüssen im Laufe eines Jahres getilgt werden kann“).[1] In diesem Falle, der ebenso auch eintreten kann, wenn ein vollständig entwickeltes Hypothekarrecht durch Versteigerung realisiert werden soll, ist nur die Befugnis des Gläubigers, die Art der Ausübung des Pfandrechtes zu wählen, von Gesetzes wegen eingeschränkt. Die ursprüngliche Hypothek kann lediglich ad fructus der Liegenschaft geltend gemacht werden (Spezialfall der Einschränkung der Exekution nach § 41 E. O.).

Die akzessorische Natur des unvollständig entwickelten Hypothekarrechtes ist schon in dessen pfandrechtlicher Eigenschaft begründet.[2] Die Löschung der Eintragung, auf welche sich dieses Recht gründet, ist nach Tilgung der vollstreckbaren Forderung samt allen Nebengebühren von Gerichts wegen zu veranlassen.[3] Die Übertragung und Belastung des Befriedigungsrechtes erfolgt nicht durch bücherliche Ein-

---

[1]) Vgl. den Abschnitt über „Das Befriedigungsrecht als unvollständig entwickeltes Pfandrecht“, S. 39.

[2]) Vgl. Exner, Hypothekenrecht, S. 45.

[3]) Auch nach Einstellung der Exekution aus anderen Gründen, wie ja auch die Löschung einer vollständig entwickelten Hypothek — freilich über Antrag — aus anderen Gründen erfolgen kann. Vgl. übrigens

tragung[4]); aus diesem Grunde kann eine Löschung des Befriedigungsrechtes nach § 51 Grundb.-Ges. („mit dem Beisatze, . . . daß ihre Rechtswirkung in Ansehung der Afterpfandrechte erst mit deren Löschung einzutreten hat") nicht vorkommen. Trotz dieser Besonderheiten müssen wir daran festhalten, daß die Akzessorietät der unvollständig entwickelten Hypothek im selben Sinne wie jene der vollständig entwickelten zu verstehen ist.[5]) Das Befriedigungsrecht endigt also nicht schon durch die Tilgung der Schuld ipso jure, sondern erst durch die mit der Einstellung der Exekution verbundene Löschung, wie dies § 469 a. b. G. B. bezüglich der Hypothek festsetzt.

Eine praktische Folge hievon ist z. B., daß das Befriedigungsrecht für eine Forderung, zu deren Gunsten die Zwangsverwaltung einer Liegenschaft eingeleitet wurde, durch Bezahlung der Forderung samt Zinsen und Kosten an den Gläubiger nicht erlischt. Nur hiedurch ist der Gläubiger gegen die Eventualität geschützt, die Ansprüche des Verwalters auf Ersatz der Auslagen und Belohnung aus eigener Tasche zahlen zu müssen. Denn nach rechtskräftiger Einstellung der Verwaltung ist ein eventuell aus der Schlußrechnung sich ergebender Restbetrag dem Verpflichteten herauszugeben (§ 130 E. O.), während der exekutionsführende Gläubiger die Kosten des Verwalters „zunächst selbst zu bestreiten" hat (§ 40 Z. P. O., der vermöge § 78 E. O. zur Anwendung kommt).[6]) Der Kostenanspruch des Verwalters ist im Augen-

---

den Abschnitt über „Verfahren auf Antrag und von Amts wegen" S. 112 und 113.

[4]) Vgl. die Ausführungen S. 108 und 109.

[5]) Über letztere vgl. Exner, Hypothekenrecht, S. 46 und 47. Nur ist zu bemerken, daß die Anfechtung einer unvollständig entwickelten Hypothek in der Regel mittels Einstellungsantrages (nicht durch Klage oder Einrede) erfolgt.

[6]) Ebenso Schauer in seiner Ausgabe der Exekutionsordnung zu § 129 E. O., Anm. 1.

blicke der Bezahlung der vollstreckbaren Forderung durch den Schuldner meist noch gar nicht gestellt und die Höhe desselben noch unbestimmt. Die Forderung auf Ersatz dieser Kosten gegen den Verpflichteten, welche zu den Nebengebühren des betreibenden Gläubigers zählt, ist daher noch nicht entstanden.[7] Nur durch die Fortdauer des Befriedigungsrechtes bis zu dessen Löschung, die erst über (rechtskräftige) Einstellung der Exekution erfolgt, ist der Gläubiger dagegen geschützt, daß sein nachträglich entstandener Kostenersatzanspruch durch eine *nach* Anmerkung der Zwangsverwaltung erfolgte Belastung der Liegenschaft illusorisch gemacht wird.

Bezüglich der *Befriedigung* aus dem Meistbote oder den Verwaltungsertragsüberschüssen einer Liegenschaft haben das vollständig und das unvollständig entwickelte Hypothekarrecht in jeder Beziehung die gleiche Wirkung.

---

[7]) Es kann ja auch vorkommen, daß der Verwalter keine Kosten beansprucht und daher überhaupt keine Ersatzforderung des betreibenden Gläubigers entsteht.



